Zum Problem der straflosen Vor- und Nachtat.

ABHANDLUNG

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität

zu Bonn

vorgelegt von

WOLFGANG PRAETORIUS

Gerichtsreferendar

in Stettin.

1 9 3 8

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Angenommen auf Bericht
des Professors Dr. Graf zu Dohna.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

ÜBERSICHT.

§ 1. Vorbemerkung. — Leitende Gesichtspunkte. — Begriff und Sprachgebrauch 1

§ 2. Straflose Vor- und Nachtat auf der Grundlage natürlicher Handlungsmehrheit. — Einzelne Fälle als Beispiele 2

A. Die Idealkonkurrenz scheidet für unser Problem aus . . 2

B. Ebenso auch die Realkonkurrenz 2

C. Auch der Gesetzeskonkurrenz können die Fälle strafloser Vor- und Nachtat nicht unterstellt werden 3

D. Ergebnisse: Die Fälle der straflosen Vor- und Nachtat stehen selbständig neben den Fällen der Gesetzeskonkurrenz. Sie verwirklichen zwei oder mehrere gesetzliche Tatbestände. Warum einer dieser Tatbestände für die Bestrafung ausscheidet, ist nur mit Hilfe von wissenschaftlichen Auslegungsregeln festzustellen. Das Schrifttum kennt deren vier: Spezialität, Subsidiarität, Konsumtion und Alternativität . . . 4

Übersichtstabellen 6

§ 3. Spezialität 7

A. Begriff 7

B. Beziehungspunkt zwischen lex generalis und lex specialis ist die Einheit der Handlung 7

C. Beispiele aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts . . 8

D. Ergebnis: Nur Fälle von Gesetzeskonkurrenz sind aus dem Gesichtspunkt der Spezialität zu erklären; als Auslegungsregel für die straflose Vor- und Nachtat kommt die Spezialität nicht in Betracht 9

§ 4. Alternativität 9

A. Die Alternativität bei Binding und ihre Ablehnung im Schrifttum 9

B. Alternativität im Sinne von v. Liszt-Schmidt, Richard Schmidt und Honig. — Kritik 10

C. Das Reichsgericht kennt kein Alternativitätsverhältnis . . 12

D. Ergebnis: Der Begriff der Alternativität in der Konkurrenzlehre ist überflüssig und daher zu verwerfen 12

§ 5. Subsidiarität 12

A. Begriff Merkmale und Beispiele der Subsidiarität . . . 12

B. Schrifttum und Rechtsprechung zu den einzelnen Subsidiaritätsverhältnissen 14

1. Die Subsidiarität der Vorbereitungshandlungen . . . 15

2. Die Subsidiarität der Versuchshandlungen 19
3. Die Subsidiarität einiger Teilnahmehandlungen und der Aufforderungsdelikte 20
4. Die Subsidiarität der Gefährdungsdelikte 22
C. Ergebnis: Aus dem Gesichtspunkt der Subsidiarität sind nur Fälle strafloser Vortat zu erklären 24
§ 6. Entscheidend für das Problem der straflosen Vor- und Nachtat ist die Auslegungsregel der Konsumtion 25
A. Der Begriff der Konsumtion im Schrifttum 25
B. Subsidiarität als Unterfall der Konsumtion 27
C. Konsumtion im Gebiet der Gesetzeskonkurrenz und im Gebiet der straflosen Nachtat 29
D. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts 30
1. Verwertungsnachtaten 30
2. Sicherungsnachtaten 37
E. Ergebnis und Zusammenfassung der Bedingungen, bei deren Vorliegen die Nachtat unter dem Gesichtspunkt der Konsumtion straflos bleibt 40
§ 7. Zusammenfassung und Schluß 41

LITERATUR

Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Allg. Teil, 9. Aufl. 1934.
Bär, Die Subsidiarität im Strafrecht, Heidelb. Dissert. 1926.
von Baumbach, Straflose Vor- und Nachtat, Marb. Diss. 1929.
Baumgarten, Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, in: Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 103, 1909.
Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906.
— Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl. 1930.
Binding, Handbuch des Strafrechts I, 1885.
— Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 1902.
van Calker, Strafrecht, 4. Aufl. 1933.
Diller, Die straflose Nachtat im Wandel des Strafrechtes, in: Der Gerichtssaal Bd. 106 S. 376 ff.
Doerr, Deutsches Strafrecht I, Allg. Teil, 2. Aufl. 1930.
Graf zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, Heft 36 der Bonner Rechtswiss. Abhandl.
— Zusammentreffen mehrerer Strafgesetze und mehrerer strafbarer Handlungen im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, in: Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, Band 1, herausgegeben von Aschrott und von Liszt.
Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, 1904.
— Strafrecht, 1932.
Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931.
Freund, Die strafumfaßte Nachtat, Kieler Diss. 1932.
Gareis, Alternativität im Strafrecht, Erl. Diss., 1933.
Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl., 1932.
Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Allg. Teil 1934 und Besond. Teil 1935.
Hahne, Die Lehre von der Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Tüb. Diss., 1929.
Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, 1881.
Hilschenz, Die straflose Nachtat, Marb. Diss., 1927.
von Hippel, Deutsches Strafrecht II, 1930.
— Lehrbuch des Strafrechts, 1932.
Hirschberg, Zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz, in: Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 53, S. 34 ff.
Honig, Straflose Vor- und Nachtat, 1927.
— Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, 1925.
Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Bd. I 1901, Bd. II 1908.
Köhler, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 1917.
— Grenzlinien der Ideal- und Gesetzeskonkurrenz, 1900.
Kohlrausch, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 30. Aufl., 1932, nebst Ergänzung: Entwurf eines Allg. Deutschen Strafgesetzbuchs.
Körber, Die straflose Nachtat, Erl. Diss., 1929.
Leipziger Kommentar zum StGB., herausgegeben von Ebermayer-Lobe-Rosenberg, 4. Aufl., 1929.
Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, Bd. I, 1912.
Lilienfeld, Die straflose Vortat, Freib. Diss., 1933.
von Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932.
Lobe, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs, 1933.
Mannzen, Die Handlungseinheit im Strafrecht, Kieler Diss., 1934.

M. E. Mayer, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Lehrbuch, 2. Aufl., 1923.
Ad. Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889.
Merkel-Liepmann, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, 1912.
Paul Merkel, Grundriß des Strafrechts, Allg. Teil, 1927.
Mettler, Die straflose Nachtat und ihre Einordnung in die Begriffe Spezialität, Subsidiarität, Konsumtion und Alternativität, Tüb. Diss., 1933.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl., 1922.
Mezger, Strafrecht, Lehrbuch, 1931.
von Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 1927.
Rippich, Die verfahrensrechtlichen Auswirkungen der Idealkonkurrenz und Realkonkurrenz nach geltendem und künftigem Recht, in: Strafrechtliche Abhandlungen, 1935, Heft 352.
Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921.
— Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Aufl., 1929.
Rich. Schmidt, Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1931.
Schwartz, Das Strafgestzbuch für das deutsche Reich, 1914.
Schwinge, Identität der Tat im Sinne der Strafprozeßordnung, in: Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 52 S. 203 ff.
VE = Vorentwurf zu einem deutschen StGB., 1909.
Vorwerck, Diebstahl und Sachbeschädigung in ihrem Verhältnis zueinander, Heidelb. Diss., 1934.
Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914.

§ 1.

Bei jeder Arbeit, die sich mit dem geltenden Strafrecht befaßt, erhebt sich die Frage, ob es im Hinblick auf das kommende neue Strafgesetzbuch überhaupt sinnvoll ist, Probleme des heutigen Strafrechts zu behandeln. Die Frage wird jedoch schon deswegen bejaht werden müssen, weil alle Arbeit am geltenden Recht auch Arbeit für das künftige Recht ist. Unser Thema insbesondere bedarf durchaus näherer Erörterung, weil sicher ist, daß die straflose Vor- und Nachtat — wie auch die Gesetzeskonkurrenz — gesetzlich nicht geregelt werden wird. Es wird zwar die Unterscheidung von Ideal- und Realkonkurrenz künftig wegfallen (§ 65 des Entwurfs)[1]), — trotz der zum Teil scharfen Kritik, die die Strafrechtswissenschaft an dieser Absicht übt (vgl. vor allem v. Hippel II S. 509 f., Mezger S. 480 und, sehr ausführlich, Rippich, insbesondere S. 144/146); aber über die unechte Konkurrenz zwischen mehreren gesetzlichen Tatbeständen, also über die Gesetzeskonkurrenz und über die straflose Vor- und Nachtat, sagt der Entwurf gar nichts[2]). Diese Probleme werden folglich im kommenden Strafrecht von derselben Bedeutung sein wie bisher.

Einer der leitenden Gesichtspunkte unserer Untersuchung soll sein, gegenüber der verwirrenden Fülle von Auslegungsregeln in der Literatur[3]), einige wenige Grundsätze herauszustellen, nach denen die straflose Vor- und Nachtat zu behandeln ist. Dabei wird die Rechtsprechung des Reichsgericht besondere Würdigung erfahren.

Der Begriff der Vor- und Nachtat ist dem Gebiet der Begünstigung und Hehlerei entlehnt. Frank[4]) nannte als erster bei der Begünstigung das Delikt, nach dessen Begehung „dem Täter oder Teilnehmer wissentlich Beistand" geleistet wird (§ 257), „Vortat"; mit demselben Ausdruck bezeichnete er bei der Hehlerei die „strafbare Handlung" (§ 259), durch die die Sachen „erlangt sind". Freilich handelt es sich hier um strafbare, nicht um straflose Vor- und Nachtaten! Auch sind die Täter beider „Taten" verschieden, während bei

1) § 65 des Entwurfs lautet: „Sind auf dieselbe Tat mehrere Strafgesetze anwendbar oder ist durch die Tat dasselbe Strafgesetz mehrmals verletzt oder hat jemand mehrere selbständige Taten begangen, die gleichzeitig abgeurteilt werden, so ist nur auf eine Strafe zu erkennen." s. dazu den Aufsatz: „Tateinheit und Tatmehrheit" von Grau in „Das kommende deutsche Strafrecht", Allgemeiner Teil 1934.

2) vgl. auch von Hippel II S. 527 Ziff. 7.

3) vgl. darüber neuestens Hirschberg S. 34, der u. a. von einem „Chaos der Terminologie" in der Konkurrenzlehre spricht und nicht zu Unrecht meint, daß „die Darstellung der Konkurrenzlehre auch in den angesehensten Lehrbüchern nicht recht befriedigt".

4) vor § 257.

der straflosen Vor- und Nachtat Identität des Täters Voraussetzung ist.

Die Bezeichnung „straflose Nachtat" findet sich zuerst in der Rechtsprechung des Reichsgerichts[5]), das dem Begriff auch zu restloser Anerkennung in der Gerichtspraxis verholfen hat. Das Schrifttum hat sich den Ausdruck ganz überwiegend zu eigen gemacht. Frank[6]) empfiehlt von „vorbestrafter" statt von „strafloser" Nachtat zu sprechen, und Lobe[7]) pflichtet ihm darin bei. Neuerdings hat man die Wendung „strafumfaßte Nachtat" geprägt[8]). Die vorliegende Arbeit bleibt bei dem üblichen Sprachgebrauch.

Den Ausdruck „straflose Vortat" verwendet übrigens das Reichsgericht auffälligerweise bis auf den heutigen Tag nicht, obwohl es etliche Fälle strafloser Vortaten zu entscheiden hatte, auf die wir später einzugehen haben werden.

§ 2.

A. Ist von einer Vortat bezw. einer Nachtat zu einer Haupttat die Rede, so ergibt schon die reine Wortinterpretation, daß mindestens zwei Handlungen, zwei Taten, begangen worden sind, eben eine Vortat und eine Haupttat bezw. eine Haupttat und eine Nachtat. Nie also kann es sich bei strafloser Vor- und Nachtat um Fälle von Handlungseinheit (im natürlichen Sinn) handeln[9]). Damit scheidet die Idealkonkurrenz (§ 73), die „eine und dieselbe Handlung" zur Grundlage hat, für unser Problem völlig aus.

B. Aber auch die Realkonkurrenz (§ 74), an die zu denken ja nahe liegt, bringt keine Lösung. Das wird klar, wenn wir uns einige anerkannte Beispiele[10]) von strafloser Vor- und Nachtat vor Augen halten.

Straflose Vortat: Die Herausforderung zum Zweikampf mit tötlichen Waffen sowie die Annahme einer solchen Herausforderung, wenn es zum Zweikampf selbst gekommen ist; keine Bestrafung wegen der Herausforderung bezw. wegen der Annahme der Herausforderung.

---

5) vgl. z. B. 1914—1917: RG. 48, 290; 49, 405—8; 51, 183 u. 179 (Überschrift!).

6) § 74 V 3 a (S. 241).

7) Einführung S. 70.

8) s. die Dissertation von Freund.

9) Das verkennt offenbar von Baumbach, der in seiner Dissertation (s. z. B. S. 41/42) die Fälle der straflosen Vor- und Nachtat — recht gewaltsam, wie mir scheint — unter den Begriff „eine und dieselbe Handlung" zwängt und diese Fälle deshalb fast ausnahmslos nach § 73 (Idealkonkurrenz!) behandelt.

10) s. von Hippel II S. 548; Mezger S. 476; Kohlrausch S. 105 (unmittelbar vor § 73).

Straflose Nachtat: Der Dieb behält oder zerstört die gestohlene Sache; keine Bestrafung wegen Unterschlagung oder Sachbeschädigung.

In diesen Fällen wehrt sich das natürliche Rechtsempfinden gegen eine Bestrafung des Täters gemäß § 74 StGB. wegen mehrerer strafbarer Handlungen. In unserem Beispiel — der Dieb behält die gestohlene Sache — wird schon jeder Laie sagen: Gewiß, gerade um die Sache zu besitzen und zu behalten, hat er sie vermutlich doch gestohlen! „Verständige Gesetzesauslegung" lehrt denn auch, daß hier nur ein Strafgesetz angewendet werden kann, und zwar dasjenige Gesetz, das „den ganzen Fall strafrechtlich erschöpfend erledigt" [11]). Doppelte Bestrafung nach dem Grundsatz der Realkonkurrenz wäre praktisch einfach unerträglich.

C. Die Wissenschaft hat sich darum veranlaßt gesehen, eine dritte Konkurrenzform herauszubilden und sie neben die im Gesetz geregelte Ideal- und Realkonkurrenz zu stellen: die sog. „Gesetzeskonkurrenz". Und wo auch immer das Schrifttum die straflose Vor- und Nachtat behandelt, — stets geschieht es im Zusammenhang mit der Gesetzeskonkurrenz. Als Unterfälle oder Erscheinungsformen dieser Gesetzeskonkurrenz werden meist Spezialität, Konsumtion, Subsidiarität, Alternativität und eben die straflose Vor- und Nachtat genannt [12]).

In dieser Unterordnung liegt indessen ein erheblicher Widerspruch. Unter „Gesetzeskonkurrenz" versteht man nämlich ganz allgemein [13]) den Fall, daß auf eine und dieselbe strafbare Handlung mehrere strafrechtliche Tatbestände zuzutreffen scheinen, daß aber in Wirklichkeit doch nur ein Strafgesetz Anwendung finden darf, weil nur dieses die Handlung in ihren wesentlichen Merkmalen vollständig umfaßt [14]). Die straflose Vor- und Nachtat aber setzt, wie wir bereits feststellten, mindestens zwei Handlungen voraus. Es ist folglich „juristisch-logisch inkorrekt" [15]), die straflose Vor- und Nachtat als Unterfall der auf Einheit der Handlung gegründeten Gesetzeskonkurrenz zu behandeln.

Honig gebührt das Verdienst, auf diesen Widerspruch in seiner 1927 erschienenen Monographie: „Straflose Vor- und Nachtat" nachdrücklich hingewiesen zu haben. Auch daß die Konsumtions- und

---

11) v. Hippel II S. 548.

12) vgl. z. B. Hippel II S. 523; v. Liszt-Schmidt S. 357; Honig S. 8. — Die Meinungsverschiedenheiten im Schrifttum sind in kaum einer anderen Frage so groß, wie in der der Gesetzeskonkurrenz. Man teilt die Fälle der Gesetzeskonkurrenz ganz verschieden ein; selbst da, wo sich bestimmte Bezeichnungen eingebürgert haben, faßt jeder Schriftsteller sie wieder in anderer Weise auf. Das ist eine — vielleicht unvermeidliche — Folge des Umstandes, daß die Gesetzeskonkurrenz in unserem Strafgesetzbuch nicht geregelt worden ist. —

13) s. Mezger S. 470; v. Hippel II S. 523; Honig S. 1 und die dort zit. Autoren.

14) so: Honig S. 1.

15) Honig S. 8.

Subsidiaritätsfälle in aller Regel mehrere Handlungen zur Grundlage haben, zeigt Honig (S. 7—8) an etlichen anerkannten Beispielen.

Alle diese Fälle dürfen mithin nicht unter den Oberbegriff „Gesetzeskonkurrenz" gebracht werden.

Der Ausdruck „Gesetzeskonkurrenz" ist übrigens irreführend; das ist v. Liszt-Schmidt, Gerland, Kohlrausch und Graf zu Dohna[16]) durchaus zuzugeben. Wir sahen eben bei der Begriffsbestimmung der Gesetzeskonkurrenz, daß in Wirklichkeit nur ein Gesetz Geltung beanspruchen kann, wenn sich auch auf den ersten Blick mehrere Strafgesetze zur Subsumtion anbieten. Die mehreren Gesetze konkurrieren nur scheinbar, „in Wahrheit ist von ‚Konkurrenz mehrerer Gesetze' keine Rede" (so v. Liszt-Schmidt a.a.O.). Man müßte also eigentlich von scheinbarer oder unechter Gesetzeskonkurrenz sprechen. Wir bleiben aber bei dem üblichen Sprachgebrauch, weil er sich fest eingebürgert hat[17]) [18]). Überdies läßt er sich vielleicht mit Köhler[19]) insofern rechtfertigen, als man auch von einer Konkurrenz „in der abstrakten Anwendungsmöglichkeit, bloß in dem formellen Übertretensein" sprechen kann.

An dieser Stelle sei erwähnt, daß das Reichsgericht in seinen Entscheidungen überwiegend — nicht ausnahmslos — statt Gesetzeskonkurrenz den Ausdruck Gesetzeseinheit braucht. Daß es damit genau das Gleiche meint, geht einwandfrei aus etlichen Entscheidungen hervor, z. B. aus RG. 53, 279, wo „Gesetzeseinheit (Gesetzeskonkurrenz)" zwischen schwerem Diebstahl und Hausfriedensbruch angenommen wird. Dieselbe Doppelbezeichnung finden sich auch in RG. 52, 300; 55, 241 und 56, 336.

D. Die Erkenntnis, daß zum Begriff der straflosen Vor- und Nachtat mindestens zwei natürliche Handlungen gehören, würde es nun freilich noch nicht rechtfertigen, unser Problem in die Konkurrenzlehre einzuordnen. Das Strafgesetzbuch enthält nämlich auch Tatbestände, die eine Mehrzahl von einzelnen natürlichen Handlungen zusammenfassen. Das ist z. B. bei der Urkundenfälschung (§ 267) der Fall. Hier liegen zwei natürliche Handlungseinheiten vor, das Fälschen und das Gebrauchmachen. Für diese vom Gesetzgeber zusammengezogenen Handlungseinheiten hat neuerdings Mannzen[20]) den Ausdruck „fiktive Handlungseinheit" geprägt. Auf die zahlreichen Streitfragen, die sich an die Begriffe Handlungseinheit, natür-

16) v. Liszt-Schmidt S. 356 Anm. 2; Gerland S. 214; Kohlrausch S. 104; Graf zu Dohna, Aufbau, S. 58/59.

17) s. auch Mezger S. 467/68 Anm. 1.

18) Erwähnt sei hier, daß Adolf Merkel (S. 269) und Merkel-Liepmann (S. 342 ff.) statt von „Gesetzeskonkurrenz" von „Alternativität" sprechen, worunter sie verstehen, daß mehrere Gesetze in einem „bloß alternativen Verhältnis zu einander" stehen, — daß also nur eins von ihnen berufen ist, zur Anwendung zu gelangen." Solche „Alternativität" hat nichts zu tun mit dem später von uns zu behandelnden Alternativitätsbegriff. —

19) Grenzlinien, S. 8.

20) In seiner Dissertation S. 63/64.

liche und juristische Handlungseinheit, Handlungsmehrheit und andere knüpfen, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden [21]). Es sei hierzu auf die eben genannte Schrift von Mannzen verwiesen.

Mitunter also sind, wie eben festgestellt, in einem Tatbestand mehrere natürliche Handlungen zusammengefaßt. Von Konkurrenz kann aber erst dann die Rede sein, wenn zwei oder mehrere gesetzliche Tatbestände miteinander in Wettbewerb stehen [22]). Das ist bei der straflosen Vor- und Nachtat der Fall. Haupttat und Nachtat bezw. Vortat und Haupttat erfüllen jede für sich einen gesetzlichen Tatbestand [23]). Der Dieb, der die gestohlene Sache später zerstört, erfüllt — objektiv gesehen — zwei Tatbestände, den des § 242 und den des § 303; der Zweikämpfer, der zuvor seinen Gegner zu diesem Kampf herausgefordert hat, hat den Tatbestand sowohl des § 201 als auch den des § 205 verwirklicht.

Die Frage, warum nun einer von diesen Tatbeständen für die Bestrafung ausscheidet, ist die Kernfrage unseres Problems. Sie kann nur beantwortet werden mit Hilfe von wissenschaftlichen Auslegungsregeln, d. h. von solchen Regeln, die vom Verhältnis der Gesetze zueinander handeln, die „also gleichsam eine Rangordnung aufstellen“ [24]).

Als derartige Auslegungsregeln begegneten uns bereits die Spezialität, Subsidiarität, Konsumtion und Alternativität, die aber, wie wir feststellten, fälschlicherweise meist als „Unterfälle der Gesetzeskonkurrenz“ bezeichnet werden. Sie sind das ebensowenig wie sie Unterfälle der straflosen Vor- und Nachtat sind. Als „Auslegungsregeln“ sind sie vielmehr notwendig übergeordnet, und Gesetzeskonkurrenz einerseits und straflose Vor- und Nachtat andererseits sind lediglich Anwendungsfälle jener Regeln. Gesetzeskonkurrenz und straflose Vor- und Nachtat sind koordiniert.

Insoweit ist Honig [25]) durchaus zu folgen.

---

21) Bemerkenswert die Ansicht Graf zu Dohnas (Zusammentreffen, insbes. S. 409 ff.): Die straflose Vor- und Nachtat stellt, genau wie das fortgesezte Delikt und das Kollektivdelikt, nur einen Unterfall der Verbrechenseinheit — Einheit unter dem Gesichtspunkt der Strafanwendung — dar.

22) Vgl. hierzu Graf zu Dohna, Aufbau, S. 56/58.

23) s. z. B. Gerland S. 213. Gerland behandelt die straflose Nachtat mit Recht im Abschnitt über die echte und unechte Realkonkurrenz, wo sie nach seiner — durchaus zutreffenden — Meinung einen Fall unechter (scheinbarer) Realkonkurrenz darstellt. Ebenso: Hirschberg S. 46.

24) M. E. Mayer S. 501 ff.

25) S. 12.

Unsere bisherigen Ergebnisse wollen wir durch zwei Tabellen veranschaulichen:

Echte Konkurrenz		Unechte (scheinbare) Konk.	
Idealkonk. (§ 73 StCB): Durch eine Handlung sind mehrere Gesetze verletzt.	Realkonk. (§ 74 StGB): Durch mehrere Handlungen sind mehrere Gesetze verletzt.	Gesetzeskonk. (gesetzl. nicht geregelt: Durch eine Handlung scheinen mehrere Gesetze verletzt zu sein; tatsächlich findet nur eines Anwendung.	Straflose Vor- und Nachtat (geseszl. nicht geregelt): Durch mehrere Handlungen scheinen mehrer Gesetze verletzt zu sein; tätsächlich findet nur eines Anwendung.

Ein noch klareres Bild ergibt folgende Übersicht:

	Bei Vorliegen nur einer Handlung:	Bei Vorliegen mehrerer Handlungen:
Echte Konkurrenz, d. h. es treffen tatsächlich mehrere Gesetze zus.:	Idealkonkurrenz (§ 73)	Realkonkurrenz (§ 74).
Unechte (scheinbare) Konkurrenz, d. h. tatsächlich findet nur ein Strafgesetz Anwendung:	Gesetzeskonkurrenz (gesetzlich nicht geregelt).	Straflose Vor- und Nachtat (gesetzlich nicht geregelt).

Nachdem diese Grundlagen erkannt und festgelegt sind, können wir uns nunmehr den vier bereits genannten wissenschaftlichen Auslegungsregeln — der Spezialität, Subsidiarität, Komsumtion und Alternativität — zuwenden, mit deren Hilfe allein die auffällige Erscheinung erklärt werden kann, daß eine an sich strafbare Handlung, die einen Tatbestand des Strafgesetzbuchs erfüllt — eben die Vortat bezw. die Nachtat —, straflos bleibt.

Die sehr uneinheitliche Literatur und die Rechtsprechung sollen nicht in besonderen Abschnitten, sondern im engen Zusammenhang mit den einzelnen Auslegungsregeln behandelt werden.

§ 3.

A. Auf die Spezialität brauchen wir nur verhältnismäßig kurz einzugehen. Sie wird in Wissenschaft und Rechtsprechung übereinstimmend behandelt. In Anlehnung an die Entscheidung des Reichsgerichts 14, 384 wird sie z. B. von Honig (S. 19) und Mezger (S. 472) dahin gekennzeichnet, daß sämtliche Tatbestandsmerkmale der lex generalis (des allgemeinen Tatbestandes) in der lex specialis (dem besonderen Tatbestand) enthalten sind, daß in dieser aber noch ein oder mehrere weitere Merkmale genannt sind, eben die spezialisierenden Merkmale[26]). Wenn also „der Gesetzgeber etwa betrügerische Verhaltensweisen in § 263 StGB. unter Strafe stellt, daneben aber für besondere Arten betrügerischen Verhaltens in den §§ 264, 264a Sondernormen aufstellt, so erfordert es die Logik, daß auf die unter die Sondernormen subsumierbaren Fälle nur und ausschließlich die Sondernormen, nicht aber auch jene allgemeine Betrugsnorm Anwendung finden. Auf die Art der Fallgestaltung kommt es dabei weiter gar nicht an. Das logische Verhältnis der Deliktstatbestände allein entscheidet“[27]). Die Spezialität des einen Gesetzes ergibt sich überall allein schon aus einem Vergleich der abstrakten Deliktstatbestände[28]).

B. Das Spezialitätsverhältnis sagt nun freilich nur etwas aus über gewisse Beziehungen von Deliktstatbeständen, also von Gesetzen zueinander. Es sagt dagegen nichts aus über die Beziehungen von Handlungen, von Taten zueinander. Man kann nicht sagen, der Einsteigediebstahl sei spezieller als der einfache Diebstahl; wohl aber trifft es zu, daß der Tatbestand des § 243 Ziff. 2 die speziellere Norm gegenüber § 242 ist. Honig sagt zutreffend[29]), daß entscheidend die Wiederholung der Merkmale des Grundtatbestandes in dem spezialisierenden Deliktstatbestand sei, „entscheidend also eine aus den Tatbeständen selbst ablesbare Übereinstimmung“. Der gemeinsame

26) ähnlich: Binding, Handb. S. 334; v. Hippel II; Gerland S. 214.
27) so, treffend und anschaulich, v. Liszt-Schmidt S. 357, 358. Ähnlich: Mezger S. 471.
28) so: Lent S. 12; Honig S. 23; Mezger S. 471, 472.
29) S. 23.

Beziehungspunkt zwischen der ausscheidenden lex generalis und der zur Anwendung kommenden lex specialis aber ist, wie sich aus allen Spezialitätsverhältnissen ergibt, die Einheit der Handlung[30]). Beispielsweise wird in § 243 Ziff. 3 „der Diebstahl", also die einheitliche Handlung, die an sich ja schon unter § 242 fällt, qualifiziert durch die Anwendung falscher Schlüssel oder anderer zur ordnungsmäßigen Eröffnung von Gebäuden usw. nicht bestimmter Werkzeuge. Als andere Spezialitätsbeispiele seien genannt das Verhältnis der §§ 248a, 370 Ziff. 5 zu den §§ 242, 246; § 363 zu § 267; § 11 des Depot-Gesetzes (Depotunterschlagung) zu § 246 StGB. Der letzte Fall ist zugleich ein Beispiel dafür, daß lex generalis und lex specialis nicht in dem gleichen Gesetz geregelt zu sein brauchen, — eine Erkenntnis Bindings[31]), die heute unbestritten ist.

C. Aus der großen Zahl von Reichsgerichtsurteilen, die das Spezialitätsverhältnis betreffen, seien neben dem bereits erwähnten Urteil Bd. 13, 384 (386)[32]) vor allem die neueren Entscheidungen RG. 57, 330 und 59, 111 genannt, die ausdrücklich auf RG. 14, 384 verweisen bezw. die dort gegebene Begriffsbestimmung der Spezialität wiederholen. Weiter seien erwähnt:

RG. 4, 106: § 111 lex specialis zu § 110 StGB.;

RG. 6, 244: § 249 (Raub) lex specialis zu § 242 (Diebstahl), § 240 (Nötigung), § 241 (Drohung) und § 223 (Mißhandlung);

RG. 17, 203: § 249 (Raub) und § 370 Ziff. 5 (Mundraub) leges speciales zu § 242 (Diebstahl);

RG. 25, 148—49: § 239 (Freiheitsberaubung) lex specialis zu § 240 (Nötigung);

RG. 35, 56: § 181a Abs. 1 (Zuhälterei, zweiter Mischtatbestand!) lex specialis zu § 180 (Kuppelei); ebenso: RG. 34, 79; 39, 30 und 41, 342.

R. 45, 344—45: § 176 Ziff. 3 (unzüchtige Handlungen) lex specialis zu § 185 (Beleidigung);

RG. 50, 167: § 72 Eink.St.Ges. (Steuerhinterziehung) lex specialis zu § 263 StGB. (Betrug), aber nicht etwa auch zu § 267 (Urkundenfälschung);

RG. 54, 289: § 240 (Nötigung) lex specialis zu § 241 (Bedrohung mit Totschlag); ebenso: RG. 36, 133 u. RG. 41, 276;

RG. 55, 240/41: § 249 (Raub) lex specialis zu § 255 (räuberische Erpressung);

RG. 45, 344—45: § 176 Ziff. 3 (unzüchtige Handlungen) lex specialis zu § 263 StGB. (Betrug);

RG. 61, 411, 412: § 271 (mittelbare Falschbeurkundung) nicht lex specialis zu § 276 (Urkundenfälschung).

30) s. Honig S. 28; Lobe, Einführung, S. 65.

31) Handbuch S. 332 ff.

32) Das Reichsgericht glaubt hier die Erfordernisse des Begriffs „Gesetzeskonkurrenz" aufzustellen; mit Gesetzeskonkurrenz meint es aber offensichtlich — die Entscheidung stammt aus dem Jahre 1886 — Spezialität.

D. In allen diesen Fällen ist Voraussetzung der Spezialität, wie oben bereits dargelegt, die Einheit der Handlung des Täters. Damit ist aber zugleich gesagt, daß die Fälle der straflosen Vor- und Nachtat nie Spezialitätsfälle sein können; denn erstere haben nach unseren Untersuchungen (vgl. oben S. 2) mindestens zwei Handlungen zur Grundlage. Die Spezialität tritt vielmehr nur als Gesetzeskonkurrenz in Erscheinung; für das Problem der straflosen Vor- und Nachtat dagegen scheidet sie völlig aus.

§ 4.

In der Regel wird im Schrifttum im Anschluß an die Spezialität die Subsidiarität oder auch die Konsumtion behandelt. Wir weichen von dieser Übung bewußt ab und wenden uns derjenigen Auslegungsregel zu, deren Existenz von einer großen Anzahl Autoren geleugnet wird: der Alternativität. Kommen wir nämlich zu dem Ergebnis, daß für diesen Begriff kein Bedürfnis besteht, so sind wir einem der Ziele dieser Arbeit, größere Klarheit in den Problemkreis um die straflose Vor- und Nachtat zu bringen, schon wesentlich näher gekommen.

A. Binding [33]) hat den Begriff der Alternativität in die Konkurrenzlehre [34]) eingeführt. „Genau eine und dieselbe widerrechtliche Handlung kann vom Strafgesetzgeber unter mehreren verschiedenen kriminellen Gesichtspunkten gesehen und somit zum Tatbestand mehrerer Regelrechtssätze gemacht werden. Selten geschieht dies in der Art, daß zweimal genau derselbe Tatbestand in verschiedenen Gesetzen unter Strafe gestellt wird, häufiger aber so, daß zwei Tatbestände sich verhalten wie zwei einander schneidende Kreise. Für den zugleich beiden Kreisen angehörigen Tatbestand existieren dann mehrere Strafgesetze, wovon aber stets nur eines zur Anwendung kommen soll“ [35]). Bei verschiedenen Strafdrohungen soll dann „das für den Angeklagten im konkreten Fall ungünstigste Strafgesetz angewandt werden“ [35]).

Dies Verhältnis nennt Binding „Alternativität der Gesetze“. Allfeld [36]) folgt ihm noch heute [36]) darin. Das ist eigentlich nicht ganz verständlich; denn schon M. E. Mayer [37]) hat zutreffend darauf

---

33) Handbuch S. 349—355.

34) Nur von der Alternativität in der Konkurrenzlehre ist natürlich im folgenden die Rede. Von Alternativität spricht man im Strafrecht auch auf anderen Gebieten, z. B. in der Lehre vom Vorsatz. Doch ist auch hier der Begriff der Alternativität stark umstritten (s. z. B. Mezger S. 340/41 Anm. 5, der im Gegensatz zu v. Hippel II S. 335 neben dem dolus directus und dem dolus eventualis keine weiteren Vorsatzformen anerkennt, also auch nicht den dolus alternativus.)

35) so Binding S. 349 und 350.

36) S. 238 (9. Aufl. 1934!).

37) S. 502 Anm. 3.

hingewiesen, daß Binding mit seiner Beschreibung des Alternativitätsverhältnisses, daß nämlich „zwei Tatbestände sich verhalten wie zwei einander schneidende Kreise", eine Definition der I d e a l konkurrenz gibt. Wenn es aber vorkommt, daß „zweimal genau derselbe Tatbestand in verschiedenen Gesetzen unter Strafe gesetzt wird", so liegt, wie Frank (§ 73 VII 3, S. 233), Olshausen (§ 73 Anm. 15), Finger (S. 377), Schwartz (S. 243), Honig (S. 2) und Begründung zum V.E. (S. 373 Anm. 4) mit Recht feststellen, ein Fehler in der Gesetzgebung vor. Fehler des Gesetzgebers aber darf man nicht zum Ausgangspunkt einer Theorie machen [38]).

Glücklicherweise sind derartige Gesetzgebungsfehler sehr selten. Es werden in der Literatur hauptsächlich zwei Fälle genannt: das Verhältnis zwischen § 298 StGB. und § 93 Abs. 3 der Seemannsordnung und das zwischen § 311 StGB. und § 5 Sprengst.Ges. (s. etwa P. Merkel S. 197 und Finger 1932 S. 558/59). Finger sagt (a.a.O.) mit Bezug auf den letzten Fall ganz richtig: „Das Sprengstoffgesetz vom 9. Juni 1884 hat einfach übersehen, daß das allgemeine Strafgesetzbuch einen von ihm geschaffenen Tatbestand bereits geregelt hat".

B. Neben den schon genannten und etlichen anderen [39]) Schriftstellern, die den Begriff der Alternativität ablehnen, ihn zum Teil nicht einmal erwähnen [40]), gibt es noch einige, die auf die Alternativität als Erscheinungsform der Gesetzeskonkurrenz nicht verzichten zu können glauben, sie aber in einem anderen Sinne verstehen als Binding.

v. Liszt-Schmidt [41]) — und ganz ähnlich auch Richard Schmidt — erklärt folgendermaßen die „Alternativität: Straftatbestände, die einem Rechtsgut Schutz angedeihen lassen unter Aufstellung widerstreitender Merkmale, schließen sich gegenseitig aus". Als Beispiele führt er an [42]): „Die §§ 211 und 212, die §§ 246, 242 stehen im Verhältnis der Alternativität zueinander. Eine vorsätzliche Tötung kann nur entweder mit oder ohne Überlegung, ein Angriff auf das Eigentum nur entweder mit oder ohne Gewahrsamsverletzung vorgenommen werden."

Hier stockt man. Gegen den zitierten letzten Satz ist zwar nichts einzuwenden; aber aus ihm folgt doch nicht, daß zwischen den §§ 211 und 212, zwischen §§ 246 und 242 ein Alternativitätsverhältnis besteht! Der Richter hat zu erforschen, ob der Täter die Tötung mit oder ohne Überlegung vornahm, ob der Täter die Sache aus fremdem Gewahrsam wegnahm oder ob er selbst an der nicht ihm gehörigen Sache, die er sich zueignete, Gewahrsam hatte. H a t sich der Richter darüber Klarheit verschafft, so steht er keineswegs mehr vor einer

38) so, zutreffend, Frank a.a.O.

39) Gerland S. 215 Anm. 5; v. Hippel II S. 527; van Calker S. 89; Doerr S. 124.

40) Mezger gehört n i c h t zu dieser Gruppe, wie Gareis (S. 29/30) irrtümlich behauptet! S. Mezger S. 475.

41) S. 357.

42) S. 358.

„Alternative", welches Gesetz er anwenden soll. Er hat nicht die geringste Wahlfreiheit mehr, sondern muß ein ganz bestimmtes Gesetz anwenden. v. Hippel[43]) hat darum vollkommen recht, wenn er sagt, daß, wo wirklich „widerstreitende" Merkmale vorliegen, schon begrifflich nur das eine Gesetz anwendbar sei, eine Konkurrenzfrage daher überhaupt nicht entstehen könne. Gleicher Meinung sind M. E. Mayer (S. 502 Anm. 3), Doerr (I S. 124) und Begründung zum V.E. I S. 373 Anm. 4.

Honig endlich verwirft sowohl den Binding'schen Begriff der Alternativität[44]) wie den v. Liszt-Schmidts[45]). „Brauchbar", „zweckvoll", „praktisch wertvoll" für die Lösung einer Scheinkonkurrenz mehrerer Strafgesetze wird für Honig der Alternativitätsbegriff erst durch zwei „einschränkende Kriterien", die er in der Identität des geschützten Rechtsgutes und in der Zweckvorstellung des Täters findet. Ein Alternativitätsverhältnis besteht darum nach Honig „zwischen denjenigen Rechtssätzen, die sich im Hinblick auf den Schutz eines und desselben Guts wie verschiedene Mittel zur Erreichung eines und desselben Zweckes verhalten. Der Verschiedenheit der Mittel entspricht die Unvereinbarkeit der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale"[46]).

Das Ergebnis dieser Auffassung des Alternativitätsbegriffs ist erstaunlich: „Die Unvereinbarkeit der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale hat zur Folge, daß, sobald die Entscheidung zu Gunsten des einen Rechtssatzes gefallen ist, der andere als nicht in Betracht kommend, endgültig ausscheidet."[47]) Juristisch ist also eine Nachtat gar nicht vorhanden. Es fehlt an der doppelten Subsumierbarkeit, an der doppelten Tatbestandsverwirklichung, die — wie oben § 3 D dargelegt — die Voraussetzung für das Vorliegen eines Konkurrenzproblems und damit also auch für die straflose Vor- und Nachtat bildet. Wozu, muß man fragen, einen besonderen Konkurrenzbegriff prägen, wenn es sich, wie Honig S. 98 ganz zutreffend feststellt, um ein „Entweder — Oder", keineswegs um ein „Sowohl — Als auch" handelt? Honig hat die Berechtigung dieser Frage durchaus gefühlt[48]); will man nicht inkonsequent sein, muß man den Alternativitätsbegriff ablehnen[49]).

---

43) v. Hippel S. 527 Anm. 1. — Er kritisiert an dieser Stelle die Meinung v. Liszt', die von Eberhard Schmidt fast unverändert übernommen wurde.

44) S. 2—3.

45) S. 96.

46) S. 98, 99 und S. 113.

47) Honig S. 99 und 112.

48) s. seine Feststellungen auf S. 112.

49) Es geht freilich nicht an, Honigs Alternativitätsfälle als Spezialitätsfälle hinzustellen. Das geschieht bei Lilienfeld, der in seiner Dissertation (S. 8) meint, bei den Honigschen Alternativitätsverhältnissen passe eben das eine Gesetz „auf den konkreten Fall" besser als das andere; das aber sei Spezialität. Lilienfeld ist im Irrtum. Bei der Spezialität kommt es, wie wir oben sahen, auf die konkrete Fallgestaltung nirgends an. Richtig: Frank § 73 VII 3 S. 233.

C. Die bei Honig angeführten Reichsgerichtsentscheidungen werden wir später unter dem Gesichtspunkt der Konsumtion zu beleuchten haben. Es sind sämtlich Fälle, bei denen auf ein Vermögensdelikt wie Diebstahl, Raub, Betrug usw. eine Verwertungshandlung folgt, die der Täter bei Begehung des Delikts bereits beabsichtigte, — typische Fälle von „Aufzehrung", Konsumtion. Das Reichsgericht kennt den Alternativitätsbegriff in der Konkurrenzlehre überhaupt nicht. In einer älteren Entscheidung (24 S. 201) verneint es das Vorliegen von Gesetzeskonkurrenz zwischen den §§ 155, 176, 177 StGB. mit der bezeichnenden Begründung, daß „weder Spezialität noch Konsumtion noch Subsidiarität" angenommen werden könne. Aber auch seither findet die Alternativität der Strafgesetze keine Erwähnung.

D. Wir kommen also[50]) zu dem — im Hinblick auf unser Bestreben, die Probleme der straflosen Vor- und Nachtat möglichst zu vereinfachen und durchsichtig zu machen, höchst erfreulichen — Ergebnis, daß das Alternativitätsverhältnis als besondere Auslegungsregel für die beiden Formen der Scheinkonkurrenz[51]), die Gesetzeskonkurrenz und die straflose Vor- und Nachtat, überflüssig ist[52]).

Nach Wegfall des Spezialitäts- und Alternativitätsverhältnisses bleiben als Auslegungsregeln für die eigentümliche Erscheinung, daß gegenüber einer Haupttat die an sich tatbestandsmäßige Vor- oder Nachtat für die Bestrafung ausscheidet, nun nur noch die Subsidiarität und die Konsumtion übrig. Wir wenden uns zunächst der Subsidiarität zu.

§ 5.

A. Bis zum Erscheinen der Arbeit Honigs (1927) gab es kaum einen befriedigenden Subsidiaritätsbegriff. Alle Erklärungsversuche waren mehr oder minder farblos, z. T. stark anfechtbar wie z. B. die Behauptung Belings[53]), wenn ein Strafgesetz dem andern subsidiär sei, liege — Gesetzeskonkurrenz vor! Bei Meyer-Allfeld[54]) findet sich der selbstverständliche Satz: „Kommt einer Bestimmung nur subsidiäre Bedeutung zu, so findet sie nur Anwendung, wenn ein primäres Gesetz nicht anwendbar ist."[55]) Honig[56]) dagegen stellte, ausgehend von allgemein anerkannt praktischen Fällen, folgende Definition auf: „Subsidiarität liegt vor, wenn verschiedene Strafrechtssätze dasselbe Rechtsgut in verschiedenen Angriffsstadien

50) Im Gegensatz zu Mettler (S. 61).
51) s. d. Tabellen § 2 D.
52) gleicher Ansicht die oben unter A aufgeführten Autoren.
53) Grundzüge, S. 104.
54) S. 261.
55) s. über diese hier nicht näher zu erörternden, weil überholten und von Honig widerlegten Ansichten im einzelnen etwa Honig S. 31 ff. und Mettler S. 16 f.
56) S. 49 und S. 113.

schützen. Die subsidiäre Strafbestimmung kommt nach Verwirklichung der primären nicht zur Anwendung, weil das zwar notwendigerweise zu durchlaufende, aber weniger gefährliche Angriffsstadium als weniger bedeutsames außer Betracht bleibt."

Dieser Begriffsbestimmung der Subsidiarität kann man sich ohne Einschränkung anschließen. Sie ist so bestechend klar und einleuchtend, daß auch Frank sie in der 18. Auflage seines Kommentars zum Strafgesetzbuch (§ 73 III 2b) übernommen und seine frühere Definition („wenn die Tatbestandsmerkmale der Strafdrohungen generisch verschiedene Angriffe auf dasselbe Interesse (Rechtsgut) darstellen, die Strafbarkeit des einen Angriffs aber von dem Mangel des andern abhängen soll") aufgegeben hat.

„Verschiedene Angriffsstadien" — diese Wendung läßt schon erkennen, daß stets m e h r e r e Handlungen des Täters vorliegen müssen. „Die in mehreren abstrakten Tatbeständen beschriebenen verschiedenen Angriffsstadien können gar nicht anders als durch verschiedene Handlungen ihre Verwirklichung finden" [57]), die Verwirklichung subsidiärer Strafbestimmungen durch e i n e Handlung ist unmöglich [58]).

Ein Beispiel möge das bisher Gesagte veranschaulichen: Der Gesetzgeber stellt in § 201 StGB. die Herausforderung zum Zweikampf und ihre Annahme unter Strafe. Mit erheblich höherer Strafe bedroht er in § 205 den Zweikampf selbst. Die verschiedenen Angriffsstadien und die Identität des Rechtsgutes sind klar erkennbar. Vom Täter aus gesehen ist die Herausforderung ein Mittel, ein erster Schritt, zum Zweikampf. Die erste Handlung dient lediglich der V o r b e r e i t u n g der von vornherein beabsichtigten zweiten. Aus diesem engen Zusammenhang der gesetzlichen Tatbestände ergibt sich, daß der erste Tatbestand nur aushilfsweise, in subsidio, für den Fall aufgestellt ist, daß es zu einer späteren Begehung der Haupthandlung nicht mehr kommt, „daß er also außer Anwendung zu bleiben hat, sobald durch eine weitere Handlung die Merkmale der lex primaria erfüllt sind" [59]). Kommt es zu dieser weiteren Handlung, der Haupttat [60]), aber nicht, so soll der Täter auf Grund des subsidiären Gesetzes bestraft werden. Der Gesetzgeber wünscht hier a u s n a h m s w e i s e die Bestrafung einer Vorbereitungshandlung, während er sonst erst den Anfang der Ausführung eines Delikts, also den Versuch, mit Strafe bedroht und die Vorbereitungshandlungen des Täters grundsätzlich straflos läßt. Der Grund liegt darin, daß der Gesetzgeber die Vorbereitung einiger bestimmter Verbrechen als besonders gefährlich

57) Honig S. 49/50.
58) so, zutreffend, Lent S. 27 und 30.
59) Honig S. 39.
60) Diese Haupttat sollte man aus Gründen der Klarheit nicht, wie es leider geschieht, „Nachtat" nennen, denn dieser Ausdruck ist irreführend. Zu unterscheiden sind Vortat und Haupttat einerseits und Haupttat und Nachtat andererseits. So, und nicht anders, ist auch unser Thema („Zum Problem der straflosen Vor- und Nachtat") aufzufassen.

ansieht. Die leges subsidiariae sind demnach vom Gesetzgeber wohl erwogene Straftatbestände, und es ist keineswegs so, wie Finger meint[61]), daß die Subsidiarität der Strafgesetze in der Regel das Ergebnis einer Bequemlichkeit des Gesetzgebers sei, der bei Erlaß neuer gesetzlicher Bestimmungen sich deren Beziehung zu bereits bestehenden Gesetzen nicht voll klar mache und diese Feststellung der Gesetzesanwendung überlasse. Es mag sein, daß dies ausnahmsweise einmal der Fall ist, — vielleicht bei dem von Finger (a.a.O.) genannten Beispiel (§ 7 des früheren Gesetzes zum Schutze der Republik vom 21. 7. 1922); in der Regel aber dürfte der Gesetzgeber bewußt und mit gutem Grund einige ihm besonders gefährlich erscheinende Vorbereitungshandlungen unter Strafe gestellt haben.

Die Strafbarkeit dieser Vorbereitungshandlung aber entfällt, wie bereits ausgeführt, wenn der Täter später die Haupttat begeht. Der Gesetzgeber hat dann an der Bestrafung des „weniger gefährlichen Angriffsstadiums", der „Vortat" im Sinne unseres Problems, begreiflicherweise kein Interesse mehr, weil es der Haupttat gegenüber weniger bedeutsam erscheint.

Alle Subsidiaritätsfälle, die wir nunmehr bei der Behandlung der Rechtsprechung des Reichsgerichts kennenlernen werden, haben das Gemeinsame, daß es die V o r t a t ist, die gegenüber der später erfolgenden, vom Täter beabsichtigten Haupttat straflos bleibt.

Der Gedanke könnte nahe liegen, die Subsidiaritätsfälle in solche ausdrücklicher und solche stillschweigender Subsidiarität einzuteilen. Diese Scheidung wird häufig vorgenommen im Hinblick auf die sich in einigen Tatbeständen des Strafgesetzbuchs findende Klausel: „soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht" (Hauptbeispiel: § 49a!). Für die Zusammenstellung der Subsidiaritätsfälle nach ihrem inneren Wesen ist aber mit einer solchen Einteilung nichts gewonnen. Treffend weist Bär[62]) darauf hin, daß eine derartige Subsidiaritätsklausel das Verhältnis der gesetzlichen Tatbestände zueinander lediglich v e r d e u t l i c h t. Auch Honig wertet die Subsidiaritätsklausel nur als „Zufallserscheinung"[63]), als einen „ausdrücklichen, aber entbehrlichen Hinweis der Subsidiarität"[64]).

B. Wir wollen die Subsidiaritätsfälle in loser Anlehnung an Bär[65]), der freilich im Gegensatz zu d i e s e r Untersuchung auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts so gut wie gar nicht eingeht, in folgender Reihenfolge betrachten:

Zunächst das Verhältnis zwischen Vorbereitungshandlungen und Haupttaten,
sodann das Verhältnis zwischen Versuchshandlungen und Haupttaten;

61) Finger, 1932, S. 559.
62) S. 24.
63) S. 45.
64) S. 48.
65) s. dessen gut begründete Anordnung auf S. 26.

darauf das Verhältnis zwischen Teilnahmehandlungen (einschließlich der Aufforderungsdelikte) und selbsttäterischen Handlungen,

endlich das Verhältnis zwischen Gefährdungs- und Verletzungsdelikten.

Betont sei noch einmal, daß Voraussetzung für alle Subsidiaritätsfälle Verschiedenheit der Angriffsstadien (Handlungs m e h r h e i t!) und Identität des Täters und des Rechtsgutes ist.

1. Die Subsidiarität der Vorbereitungshandlungen ist heute allgemein anerkannt[66]), insbesondere auch vom Reichsgericht. Wir können es uns ersparen, auf die älteren Entscheidungen unseres höchsten Gerichts einzugehen, in denen noch R e a l konkurrenz zwischen Vorbereitungshandlungen und nachfolgenden Haupttaten angenommen wurde; Honig[67]) hat diese Entscheidungen bereits in verdienstvoller Weise untersucht und kritisiert[68]).

Klar ausgesprochen finden wir die Subsidiarität einer Vorbereitungshandlung in RG. 48, 161: „Es handelt sich um das Vergehen gegen § 151 StGB. Die in dieser Vorschrift mit Strafe bedrohte Anschaffung oder Anfertigung von Stempeln, Siegeln, Stichen, Platten ... zum Zwecke eines Münzverbrechens kommt im Verhältnis zu diesem lediglich als eine Vorbereitungshandlung in Betracht, die im Tatbestand des § 146 StGB. aufgeht, wenn das Münzverbrechen zur Verwirklichung gekommen oder wenigstens bis zum strafbaren Versuche gediehen ist (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 11. Dezember 1908 in Goltd. Arch. Bd. 56 S. 85 — 5 D. 756/08)." Das Reichsgericht spricht hier von „Aufgehen" der Vorbereitungshandlung des § 151 im Tatbestand des § 146; treffender hätte es von der „Vortat" des § 151 gesprochen, die straflos bleiben muß, wenn der Täter später das Verbrechen des § 146 begeht. Allein, — den Ausdruck „straflose Vortat" hat das Reichsgericht, wie wir schon einmal erwähnten, bis auf den heutigen Tag noch nicht „gefunden". Im Interesse einer klaren Terminologie ist das bedauerlich, der Sache nach aber belanglos.

Die — stillschweigende — Subsidiarität des § 151 gegenüber dem § 146 zu betonen, hatte das Reichsgericht noch mehrfach Anlaß; so in RG. 55, 47 und neuestens in RG. 65, 205.

Kohlrausch sagt in der ersten Anmerkung zu § 151: „Vorbereitungshandlungen zu den §§ 146, 149. Durch deren Versuch oder Vollendung wird § 151 konsumiert." Nach Ansicht Kohlrauschs liegt also ein Konsumtionsverhältnis, kein Subsidiaritätsverhältnis zwischen den §§ 146 und 151 StGB. vor! Wir werden erst später auf die Auslegungsregel der Konsumtion zu sprechen kommen, können aber hier schon feststellen: Wenn Konsumtion „Aufzehrung" eines gesetzlichen Tatbestandes durch einen anderen bedeutet, so ist gegen die Annahme eines Konsumtionsverhältnisses zwischen den §§ 146 und 151

66) vgl. statt vieler: Frank § 74 V 3 b; v. Hippel II S. 548; Lobe, Einführung S. 67 (B).

67) und ihm folgend Mettler S. 20 f.

68) S. 51 ff.

nichts einzuwenden. Man kann durchaus sagen, daß durch die Verwirklichung der schweren Straftat des § 146 die minder schwere Vorbereitungshandlung des § 151 „aufgezehrt" wird. Diese Erkenntnis halten wir für unsere weiteren Untersuchungen fest.

Über das Subsidiaritätsverhältnis zwischen den §§ 82 und 83 StGB. alter Fassung heißt es in RG. 51, 388: „... in § 83 StGB. ... wird ausdrücklich hervorgehoben, daß es zur Begehung der Handlung nicht gekommen zu sein braucht. Ist das verabredete hochverräterische Unternehmen des § 82 StGB. aber ausgeführt, so kommt nur diese Vorschrift zur Anwendung Denn die in § 83 vorausgesetzte Handlung wird in § 86 ausdrücklich als „vorbereitende Handlung" bezeichnet (vgl. Binding, Handbuch I S. 361; Lehrbuch Bd. 2 S. 451; Olshausen, Komm. zu § 383 Anm. 2). Seit dem 24. 4. 1934 (Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens) betrifft § 82 Abs. 1 die subsidiäre Vorbereitungshandlung zu dem „hochverräterischen Unternehmen" der §§ 80 und 81.

In ganz gleicher Weise ist nach Ansicht des Reichsgerichts (dieselbe Entscheidung) das Verhältnis des § 5 Nr. 4 der Verordnung gegen übermäßige Preissteigerung vom 23. 7. 15/23. 3. 16 zu § 5 Nr. 1 derselben Verordnung aufzufassen. „Das Gesetz will nicht nur das Fordern übermäßiger Preise verbieten, sondern schon gewisse Handlungen, die günstige Bedingungen für ein solches Fordern schaffen können, also besonders geartete (qualifizierte) Vorbereitungshandlungen für die Ausführung des Forderns darstellen. Solche Vorbereitungshandlungen bilden aber die Verabredungen, in denen sich die Vertragschließenden zur Ausführung der vom Gesetze gemißbilligten Handlungen verpflichten. Schon diese Verabredung soll daher wegen der Gefahr, daß die in ihr übernommene Verpflichtung erfüllt und ihr Zweck erreicht wird, bestraft werden, auch ohne daß es zum Beginn einer Zuwiderhandlung nach § 5 Nr. 1 gekommen ist". Der Sondertatbestand des § 5 Nr. 4 — jene qualifizierte Vorbereitungshandlung zur Verübung des Vergehens nach § 5 Nr. 1 — „besteht in seiner Selbständigkeit aber nur, solange es bei den Vorbereitungshandlungen bleibt. Wird die Schwelle zur Ausführung überschritten, wird die Vorbereitungshandlung mit der Ausführungshandlung zu einer Einheit, so treten nur die für die Ausführungshandlung angedrohten Strafen ein." (S. 388/89).

Statt davon zu sprechen, daß die Vorbereitungshandlung mit der Ausführungshandlung „zu einer Einheit" wird, hätte das Reichsgericht besser und richtiger sagen sollen, daß der Gesetzgeber an der Bestrafung der Vorbereitungshandlung des § 5 Nr. 4 kein Interesse mehr hat, sobald der Täter „die Schwelle zur Ausführung" des Vergehens nach § 5 Nr. 1 „überschritten" hat. § 5 Nr. 4 ist subsidiär gegenüber § 5 Nr. 1, ist straflose Vortat zu dem Vergehen nach § 5 Nr. 1.

Eine ähnliche Erwägung, wo es sich um Vergehen gegen die Preistreibereiverordnung vom 8. 5. 1918 handelt, findet sich in RG.

55, 14/15. Das Reichsgericht stellt (S. 15) zutreffend fest, „daß die selbständige Strafbarkeit der in § 1 Abs. 1 Nr. 7 (der Preistreibereiverordnung) bedrohten Handlungen entfällt, wenn sie sich, im Verhältnis zu einem nachfolgenden Vergehen des Täters gegen eine der Vorschriften der Nr. 1—5, als eine die Ausführung solchen Vergehens oder eine Teilnahme an ihm lediglich vorbereitende Tätigkeit darstellen."

Mit dem Verhältnis einzelner Bestimmungen des Sprengstoffgesetzes vom 9. 6. 1884 zueinander beschäftigt sich das Reichsgericht in Bd. 58, 296 ff. Nach seiner Meinung (S. 298) „kann der Besitz des Sprengstoffs, wie er eine notwendige Voraussetzung auch für das Verbrechen nach § 5 Abs. 1 bildet, nicht neben der Ausführung der Gefährdungsabsicht strafbar sein, vielmehr wird die mit geringerer Strafe bedrohte bloße Vorbereitungshandlung durch die Ausführung des Verbrechens selbst aufgezehrt. Es liegt also hier sog. Gesetzeskonkurrenz, nicht Tateinheit vor und kommt nur der eine, den Besitz des Sprengstoffs in Gefährdungsabsicht mitumfassende Tatbestand des § 5 Abs. 1 Sprengstoffges. zur Anwendung."

Das Ergebnis dieser Entscheidung ist unzweifelhaft richtig; nur der Ausdruck „Gesetzeskonkurrenz" ist nicht am Platze. Daß man darunter andere Fälle zu verstehen hat — auf eine und dieselbe Handlung scheinen mehrere Strafgesetze anwendbar zu sein! —, haben wir oben ausführlich dargelegt. Nicht Gesetzeskonkurrenz, sondern eine Vortat ist gegeben, die wegen der später erfolgenden mit Strafe bedrohten und geahndeten Haupttat straflos bleibt. Bemerkenswert ist an der Entscheidung weiter, daß sie von „Aufzehrung" der Vorbereitungshandlung durch die Ausführung des Verbrechens spricht[69]), nicht von Subsidiarität. Für unsere Untersuchung ist das sehr wichtig; wir werden uns bei der Behandlung des Konsumtionsverhältnisses damit zu befassen haben.

Nicht unerwähnt darf eine Entscheidung bleiben, die sich mit dem inzwischen außer Kraft gesetzten § 49b StGB. beschäftigt. In RG. 59, 377 stellt das Reichsgericht zunächst fest, daß in § 49b wie in § 83 StGB. „schon" das Verabreden eines Verbrechens für strafbar erklärt wird, daß in beiden Fällen ausnahmsweise eine bloße Vorbereitungshandlung mit Strafe bedroht ist, indem sie zur selbständigen Straftat erhoben wird. Nach guten Ausführungen über die Gründe des Gesetzgebers für diese Ausnahme meint dann das Reichsgericht weiter, daß in § 49b und in § 83 die „schon" gegen das bloße Verabreden gerichtete Strafdrohung dahin verstanden werden muß, „daß sie nur hilfsweise Anwendung finden, ihre selbständige Bedeutung dagegen verlieren soll, sobald und soweit bei einem Teilnehmer der Verabredung die Strafbarkeit des Verabredens zusammentrifft mit seiner Strafbarkeit als Täter oder Teilnehmer der infolge der Ver-

---

69) vgl. oben S. 15 (Kohlrausch spricht von „Konsumtion" des § 151 durch § 146 StGB.!).

abredung ausgeführten Tat. In der Strafbarkeit der verabredungsgemäß ausgeführten (oder wenigstens versuchten) Tat geht auch im Falle des § 49b die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung des Verabredens auf."

Nichts hätte näher gelegen, als diese „Vorbereitungshandlung" als „straflose Vortat" zu bezeichnen, — das Reichsgericht tat es leider nicht. Die Unerheblichkeit der ersten Handlung des Täters gegenüber der folgenden Haupttat ist das Entscheidende, und das kommt in der vom Reichsgericht nie gebrauchten Bezeichnung „straflose Vortat" am deutlichsten zum Ausdruck.

Mit den Subsidiaritätsverhältnissen zwischen einzelnen Bestimmungen der Reichsabgabenordnung befassen sich zwei neue Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd. 64 S. 222 und Bd. 66 S. 218. In der ersten Entscheidung heißt es: „In § 371 RAbgO. ist die Zuwiderhandlung gegen den § 165 Abs. 1 a.a.O. allerdings zu einem selbständigen Vergehen ausgestaltet. Sie ist aber ... eine Vorbereitungshandlung zur Steuerhinterziehung. So hat sie der Gesetzgeber ersichtlich aufgefaßt. Daraus ergibt sich, daß, wenn der Täter bei dem Vergehen gegen § 371 nicht stehen bleibt, sondern bis zur vollendeten oder wenigsten bis zur versuchten Steuerhinterziehung fortschreitet, ein Fall der Gesetzeseinheit vorliegt und eine selbständige Bestrafung auf Grund des § 371 daher nicht mehr in Frage kommt." [70])

An dieser Entscheidung ist lediglich der Ausdruck „Gesetzeseinheit" zu bemängeln. Ein klarer Fall von Subsidiarität liegt vor.

In RG. 66, 218 wird betont, daß das in § 405 Abs. 3 RAbgO. unter Strafe gestellte Verhalten im Verhältnis zu § 405 Abs. 1 nur eine Vorbereitungshandlung ist, die als selbständiges Delikt mit Strafe bedroht ist. „Wird das Vergehen nach Abs. 1 begangen, so kommt der Abs. 3 daneben nicht weiter in Betracht. Es handelt sich hier um dasselbe Verhältnis wie zwischen den §§ 151 und 146 StGB." § 405 Abs. 3 ist also straflose Vortat gegenüber der Haupttat nach § 405 Abs. 1.

Als letzte Entscheidung, die das Subsidiaritätsverhältnis zwischen Vorbereitungshandlungen und später nachfolgenden Haupttaten behandelt, sei RG. 55, 129 genannt. Dieses Urteil ist besonders wichtig, denn in ihm findet sich die grundsätzliche Feststellung: „Stehen ... zwei denselben strafrechtlichen Stoff betreffende Bestimmungen derart in Beziehung zueinander, daß die von der einen bedrohte Tat als Vorbereitung der von der anderen verbotenen erscheint, so wird bei Verwirklichung b e i d e r Tatbestände der durch die Vorbereitungshandlung entstandene staatliche Strafanspruch aufgezehrt ...".

Deutlich erkennt man hier die Merkmale aller Subsidiaritätsfälle: Verschiedenheit der Angriffsstadien (Handlungsmehrheit!) [71]),

70) s. auch die Entscheidung RG. 62, 249/250!

71) Es ist fast unverständlich, wie man behaupten kann, „zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung" sei „T a t e i n h e i t" gegeben! So: von Baumbach in seiner Dissertation S. 41.

Identität des Rechtsguts, Identität des Täters. Nur ein Wort läßt aufhorchen: das Reichsgericht spricht wieder von „Aufzehrung", also von Konsumtion! Und wieder ist zuzugeben, daß man begrifflich sehr wohl statt von Subsidiarität der Vorbereitungshandlung auch von ihrer Aufzehrung durch die nachfolgende Haupttat sprechen kann.

2. Was von dem Verhältnis zwischen Vorbereitungshandlungen und Haupttaten gilt, trifft auch für das Verhältnis von versuchten zu vollendeten Straftaten zu: „Für das Verhältnis von Versuch zu Vollendung wird fast allgemein Subsidiarität angenommen." [72]) Auch vom Reichsgericht. In RG. 41, 353 heißt es: „Die Hervorhebung der Nichtvollendung" im Wortlaut des § 43 StGB. will „den Versuch nur gegen die vollendete Straftat abgrenzen und namentlich zum Ausdruck bringen, daß die Bestrafung der einzelnen Versuchshandlung nicht n e b e n der Bestrafung des vollendeten Verbrechens stattfinden soll, auch in den Fällen nicht, in denen die Herbeiführung des vom Täter erstrebten Erfolgs in verschiedenen Ausführungshandlungen unternommen wurde, von denen nur eine zur Vollendung geführt hat. (Subsidiarität der Strafdrohung)."

Es sind nun aber Fälle denkbar, wo der Täter einen anderen strafrechtlichen Tatbestand vollendet als den, den er zunächst versucht hat. Der Täter versucht z. B. ein qualifiziertes Delikt und vollendet später ein einfaches. Die bisher neueste Entscheidung eines derartigen Falles findet sich in RG. 58, 214/215: Der Täter hatte eine Urkunde gefälscht in der Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Später hatte er von dieser Urkunde Gebrauch gebraucht, aber o h n e Bereicherungsabsicht, lediglich, um sich einer Verfolgung wegen Betruges zu entziehen. Das Reichsgericht vertritt hier in Übereinstimmung mit älteren Urteilen (RG. 30, 69 und 15, 281) den Standpunkt, daß „rechtliches Zusammentreffen der versuchten schweren und der vollendeten einfachen Straftat in einer Handlung im Sinne des § 73 StGB. (Idealkonkurrenz) anzunehmen ist", „da die Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 73 StGB., daß durch ein und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt sind, unbedenklich auch dann als gegeben erachtet werden kann, wenn einer der unter die einheitliche Handlung fallenden Akte — eine Versuchshandlung — unter erschwerenden Umständen verübt ist und gegen das strengere Strafgesetz verstößt, während die weitere Tätigkeit sich lediglich als eine Verletzung der für die einfache Tat geltenden Strafvorschrift darstellt."

---

72) so, zutreffend, v. Liszt-Schmidt S. 358 Anm. 5; ebenso im Haupttext S. 358. Vgl. weiter Frank S. 242 b; v. Hippel II S. 548; Kohlrausch S. 104; Bär S. 27. — Honig (S. 57 Anm. 3) irrt, wenn er behauptet, „allgemein" spreche man davon, daß der Versuch durch die Vollendung „konsumiert" werde.

Diese Ansicht hat in der Literatur mit Recht ganz überwiegend Zustimmung gefunden [73]), so u. a. bei v. Liszt-Schmidt [74]), Mezger [75]), Kohlrausch [76]) und Honig [77]).

Der Entscheidung RG. 30, 67 ff. lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Täter beabsichtigte einen schweren Diebstahl zu begehen; als er dabei überrascht wurde, ließ er davon ab, beging aber noch schnell einen Mundraub. Das Reichsgericht hat auch hier zutreffend Idealkonkurrenz zwischen versuchtem schweren Diebstahl und Mundraub angenommen.

Auf das Urteil RG. 15, 281 einzugehen, wo das Reichsgericht, wieder durchaus zutreffend, Idealkonkurrenz zwischen versuchtem schweren und vollendetem einfachen Diebstahl bejaht hat, erübrigt sich, da es bereits bei Honig (S. 58 ff.) eingehend gewürdigt worden ist.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß der Versuch nur dann straflose Vortat und der Vollendung gegenüber subsidiär ist, wenn genau derselbe Tatbestand, den der Täter zunächst zu verwirklichen versucht hat, später von ihm vollendet wird.

3. Wir wenden uns nunmehr dem Verhältnis von Teilnahme und Täterschaft zu. Für die Erscheinungsform der Subsidiarität kommen hier nur die Fälle in Betracht, daß jemand einen anderen zu einem Delikt anstiftet und hinterher dies Delikt dann selbst als Mittäter ausführt, und ferner die Fälle der Anstiftung zur Beihilfe mit Bezug auf die eigene Tat. In diesen Fällen liegen die Voraussetzungen der Subsidiarität vor, — die verschiedenen Angriffsstadien und die Identität des Täters und des Rechtsguts. Der Täter kann nicht wegen Anstiftung und Mittäterschaft bezw. wegen Anstiftung zur Beihilfe und Täterschaft gemäß § 74 StGB. bestraft werden; die Anstiftung bleibt vielmehr unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität straflos, die Anstiftungshandlung ist straflose Vortat.

Die Literatur nimmt in den genannten Fällen ganz überwiegend Subsidiarität an [78]). Das Reichsgericht ebenfalls, doch spricht es in einigen Entscheidungen auch wieder von „Aufzehrung", von Konsumtion [79]). Auf die Rechtsprechung zu dieser Fallgruppe näher einzugehen, ist untunlich. Honig hat (S. 74/76) bereits einen gründlichen

73) dagegen, schwerlich mit Recht, Lobe, Einführung S. 68. Lobe will — ähnlich wie Köhler S. 554 — nur wegen des vollendeten einfachen Delikts bestrafen, die Strafe jedoch aus dem härteren Strafrahmen der versuchten schweren Tat nehmen.

74) S. 358 Anm. 5.

75) S. 474 Anm. 12 a. E.

76) S. 104 unten.

77) S. 58 ff. (Besprechung von RG. 15, 281).

78) vgl. Frank S. 232 (§ 73 VII 2 b); v. Liszt-Schmidt S. 358, Lobe, Einführung S. 68; Kohlrausch S. 104; Bär S. 36 ff. — Honig (S. 74) und Mezger (S. 474) nehmen Konsumtion an; ebenso im Anschluß an Honig, Mettler S. 30/31.

79) Honig spricht S. 76 Anm. 2 mit Bezug auf RG. 48, 207 nicht zu Unrecht von einem „Durcheinander von Subsidiarität und Konsumtion" in den Entscheidungsgründen.

Überblick über die „interessante Entwicklungslinie" in den reichsgerichtlichen Urteilen gegeben. Zu ergänzen ist aber dieser Überblick durch die neueren Entscheidungen RG 56, 59; 59, 28; 59, 426 und 62, 75. In RG. 56, 59 ist die klare Feststellung getroffen, daß „§ 48 StGB. zu der Hauptstrafbestimmung im Verhältnis der ‚Subsidiarität' steht".

An dieser Stelle ist kurz auf die Strafbestimmung des § 139 StGB. (unterlassene Verbrechensanzeige) einzugehen. Denn es ist durchaus denkbar, daß derjenige, der sich der Unterlassung einer Anzeige schuldig macht, sich später irgendwie an dem Verbrechen beteiligt, z. B. als Mittäter. Der Tatbestand des § 139 stellt, wie Honig (S. 40) treffend sagt, eine „verselbständigte negative Beihilfe (im weitesten Sinn)" dar. Das ist auch die Auffassung des Reichsgerichts (vgl. z. B. RG. 28, 12 und RG. 53, 170 oben). Bei einer derartigen Charakterisierung des Delikts der unterlassenen Verbrechensanzeige müssen also die für das Verhältnis der Teilnahme zur Täterschaft geltenden Grundsätze Anwendung finden[80]). Bei Handlungsmehrheit wird folglich die an sich strafbare Unterlassung (§ 139) straflose Vortat. § 139 ist also ein Fall von Subsidiarität[81]).

Ist § 139 ein völlig selbständiger und abgeschlossener Tatbestand, so kennt das Strafgesetzbuch andererseits Tatbestände, die, versehen mit einer sog. Subsidiaritätsklausel, deutlich den Stempel der Unselbständigkeit tragen. Sie wollen nur, „soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht", Anwendung finden. Das bekannteste Beispiel ist § 49a StGB. Unter diese Bestimmung fällt nur die erfolglose Aufforderung; neben einer Bestrafung nach § 48 kommt § 49a nicht zur Anwendung. Ein Fall von Subsidiarität ist also gegeben, wenn jemand die Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme daran annimmt und dann später dieser Aufforderung nachkommt. Ebenso liegt es, wenn jemand ein Verbrechen ausführt, zu dessen Begehung oder an dessen Beteiligung er sich vorher erboten hat: § 49a beschreibt das frühere Angriffsstadium, an dessen Bestrafung dem Gesetzgeber nichts liegt, weil derselbe Täter später einen schwereren und schwer geahndeten Angriff auf dasselbe Rechtsgut gerichtet hat. Die unter § 49a fallende Tätigkeit ist also straflose Vortat zu der später ausgeführten verbrecherischen Haupttat.

Zutreffend weist Honig (S. 42 ff.) darauf hin, daß es auch Fälle des § 49a gibt, wo man von Subsidiarität nicht sprechen kann; so z. B. dann, wenn jemand einen anderen zur Begehung eines Verbrechens auffordert, er selbst dann aber nicht mehr tätig wird, son-

80) Die Ähnlichkeit mit der Teilnahme erhellt auch aus der Wendung: „wenn das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen wurde". Darin liegt eine deutliche Parallele zur Akzessorietät der Teilnahme.

81) so auch die überwiegende Meinung: Frank § 139 VI 2 (S. 338); Binding, Handbuch S. 358; Köhler, S. 77; Lent S. 31; Bär S. 41. A. A. Honig S. 40/41, der — wie überhaupt für das Verhältnis von Teilnahme zu Täterschaft — Konsumtion annimmt.

dern der andere nunmehr das Delikt begeht. Der Auffordernde ist dann als Anstifter zu bestrafen. „Nur in dem Falle also, in dem der ‚Auffordernde' bei Begehung des Verbrechens nochmals selbst in irgendeiner Form handelnd hervortritt, folgt ... der Vortat die Nachtat. Nur hier kann gesagt werden, daß der Auffordernde nicht mehr aus § 49a strafbar sei, weil sein in § 49a beschriebenes Verhalten, die Aufforderung, seiner späteren Beteiligung gegenüber als weniger strafwürdig erscheint." [82])

Das Reichsgericht hat wie das Schrifttum die ausdrückliche Subsidiarität des § 49a anerkannt [83]). Von den neueren Entscheidungen sei vor allem RG. 60, 92 genannt, von den älteren RG. 9, 261 und 29, 12 (§ 49a ausdrücklich subsidiär gegenüber §§ 85, 110, 111, 112, 159, 201, 357).

4. Im Gegensatz zu Honig [84]), Bär [85]) und einigen anderen Schriftstellern, aber in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung [86]) und der Rechtsprechung des Reichsgerichts, namentlich den neuesten Entscheidungen, behandeln wir auch das Verhältnis von Gefährdungs- und Verletzungsdelikten unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität. Eine Einschränkung ist freilich zu machen, die sich schon aus der hier vertretenen Definition der Subsidiarität ergibt und die auch vom Reichsgericht und überwiegend auch im Schrifttum gemacht wird: „Ein Gefährdungsdelikt kommt ... neben dem Verletzungsdelikt als besondere Straftat nur dann nicht mehr in Betracht, wenn das geschützte Rechtsgut bei beiden das gleiche ist" (so RG. 59, 113 oben) [87]). In dieser Entscheidung lehnt das Reichsgericht mit Recht die Meinung ab, daß § 227 Abs. 2 StGB. gegenüber den §§ 226, 47 StGB. subsidiär sei; es fehle an der Identität des geschützten Rechtsguts, der Tatbestand des Gefährdungsdelikts greife „noch über den des Verletzungsdelikts insofern hinaus, als bei einer Schlägerei oder einem von mehreren gemachten Angriff die Gefährlichkeit des gesamten Unternehmens für sämtliche daran Beteiligten auch durch das Gelingen des Nachweises, w e r die daraus hervorgegangene schwere Körperverletzung oder Tötung verursacht hat, keinesfalls beseitigt wird."

Honig bestreitet (S. 70), daß die Gefährdungsdelikte den Verletzungsdelikten gegenüber subsidiär sind, weil in diesen Fällen das spätere Angriffsstadium nicht in so engem inneren Zusammenhang

82) so Honig S. 43.

83) Auch § 159 hat subsidiäre Bedeutung; vgl. RG. 10, 324; 14, 19 und 23, 223.

84) S. 70/71.

85) S. 47 ff.

86) vgl. außer den bei Honig S. 70 Anm. 4 zit. Autoren noch v. Hippel II S. 525 Anm. 5; Kohlrausch S. 104; van Calker 1933; Hirschberg S. 47.

87) Daran hält auch die neue Entscheidung RG. 69, 91 f. fest: § 245 a ist kein subsidiäres Strafgesetz gegenüber § 243 Abs. 1 Ziff. 2. § 245 a will die allgemeine öffentliche Sicherheit schützen, während § 243 Abs. 1 Ziff. 2 dem Schutze des Eigentums dient; das Rechtsgut ist bei diesen Strafgesetzen nicht identisch.

mit der vorbereitenden Gefährdungshandlung stehe, „daß ihre Verwirklichung auch vom Täter nur als Vorstadium für eine weitere Handlung gedacht sein kann." Die Verwirklichung der Gefährdungsnorm erfordere nicht sinngemäß eine weitere Handlung; vielmehr sei der Übergang von der Gefährdung zur Verletzung eines Objekts schon in jeder Verletzungshandlung enthalten.

Man hat Honig — m. E. mit Recht — darauf bereits entgegengehalten [88]), daß der letzte Hinweis schon deshalb nicht durchgreife, weil er in gleicher Weise auch für das Verhältnis zwischen Versuch und Vollendung gelte, ohne daß Honig hier Subsidiarität leugne. Für eine zu enge Umgrenzung des Subsidiaritätsbegriffs bestehe kein Anlaß, zumal wenn man bedenke, daß die bei Honig vom Täter verlangte Erwägung tatsächlich hier vom Gesetzgeber angestellt werde. „Nur wegen ihrer Tendenz zur Rechtsverletzung wird die Gefährdung eines Rechtsgutes unter Strafe gestellt." [89])

Als Gefährdungsdelikte sind eine größere Anzahl von Übertretungen anzusehen: § 366 Ziff. 8, 9, § 367 Ziff. 3—6, § 368 Ziff. 4—7, 10 StGB. müssen hierher gerechnet werden. Kommt es zu einer Verletzung, so sind sie infolge ihrer subsidiären Geltung straflose Vortaten. Freilich ist in diesen Fällen meist eine Unterlassung die „Vortat", die „Handlungsmehrheit" besteht hier also in einer Unterlassung und einem Tun.

In den letzten beiden Jahren hatte das Reichsgericht mehrfach Gelegenheit, sich mit Gefährdungs- und Verletzungsdelikten zu befassen, und zwar in Urteilen, die die deutschen Devisenvorschriften betreffen. Der Entscheidung RG. 68, 136 ff. (insbesondere S. 147/8) lag der Fall zu Grunde, daß ein Inländer, der im Inland als mittelbarer Stellvertreter für einen Ausländer Wertpapiere gegen Reichsmark verkauft hat, ohne Genehmigung der Stelle für Devisenbewirtschaftung zunächst den Kaufpreis in Empfang nahm und diesen dann dem Ausländer im Inland aushändigte. Das Reichsgericht führt unter Bezugnahme auf eine ähnliche Entscheidung (RG. 67, 406) aus, „daß sich eine Strafvorschrift entweder gegen Vorgänge richten kann, die den nicht genehmigten Abfluß von Devisen in das Ausland unmittelbar bewirken, oder gegen Vorgänge, die zwar noch nicht unmittelbar diesen Erfolg haben, wohl aber eine Sachlage vorbereiten oder herstellen, aus der sich die Gefahr eines nicht genehmigten Devisenverlustes ergibt. Die Tatbestände der zweiten Art werden nur zu dem Zwecke mit Strafe bedroht, durch die Verhinderung der Gefahren die Vollendung von Tatbeständen der ersten Art zu hindern. Wenn daher jemand zuerst in der Absicht, den durch die Strafdrohungen bekämpften Erfolg herbeizuführen, eine bestimmte Gefahr dieses Erfolges schafft und dann noch den bekämpften Erfolg selbst verwirklicht, so verdient er die Strafe für die Verwirklichung des Erfolges; aber es läßt sich nicht rechtfertigen, ihn noch außerdem dafür zu bestrafen, daß er auf dem Wege zum Erfolge zunächst eine

88) vgl. Hirschberg S. 47.
89) Hirschberg S. 48.

bestimmte Gefahrenlage geschaffen hat; vielmehr geht die Strafe für die Herstellung der Gefahrenlage — nach dem Grundsatze der hilfsweisen Geltung[90]) — in der Bestrafung für die Herbeiführung des Erfolges auf, weil die Strafdrohung für die Herstellung der Gefahrenlage beim Eintritt der Strafe des Erfolges ihren Zweck verliert".

Das Reichsgericht behandelt hier also eine der typischen Lagen, „in denen die Strafe für die bloße Gefährdung eines Rechtsgutes nach dem Zwecke der in Betracht kommenden Strafvorschriften in der Bestrafung für die vollendete Verletzung desselben Rechtsguts aufgeht". Wieder finden sich die Ausdrücke „hilfsweise Geltung" und „Aufgehen", also Subsidiarität und Konsumtion, nebeneinander, — nicht zum Nutzen der Klarheit, wohl aber der Sache nach, wie wir erneut feststellen, durchaus vertretbar: Man kann ohne Bedenken sagen, die Gefährdungsstrafe werde durch die Verletzungsstrafe aufgezehrt, konsumiert, das Gefährdungsdelikt gehe in dem Verletzungsdelikt auf.

Abschließend nennen wir noch die Entscheidung RG. 68, 319, die sich auch — gleich dem Urteil RG. 67, 406 — mit den Motiven des Gesetzgebers der Devisenverordnungen befaßt. Dieser bekämpft, so heißt es in der Entscheidung, „die Gefahren, die sich für die deutsche Volkswirtschaft und insbesondere für die deutsche Währung aus der Verschuldung an das Ausland ergeben, in der Weise, daß er nach Möglichkeit schon die Quellen dieser Gefahren durch Strafandrohungen abzudämmen sucht. Es wird nicht nur die Herbeiführung des der deutschen Wirtschaft schädlichen Erfolges mit Strafe bedroht, sondern auch schon das Beschreiten gewisser Vorstufen, die auf dem Wege zu dem bekämpften Erfolge liegen. Die strafbare Verletzung entwickelt sich also stufenweise aus der Schaffung und Vertiefung von Gefahrlagen heraus, deren jede schon für sich strafbar ist, ohne daß es zu der weiteren Gefahrenstufe oder zu dem Erfolge selbst zu kommen braucht." Bei derartigem stufenweisen Aufbau der Straftatbestände nimmt nach der Ansicht des Reichsgerichts ... „die gegen das Betreten der weiteren Stufe gerichtete Strafandrohung die Strafvorschriften in sich auf, die das Beschreiten der früheren Stufe verhindern sollen, dergestalt, daß in solchen Fällen nur eine strafbare Handlung vorliegt und nur die weitergehende Strafvorschrift anzuwenden ist"[91]).

C. Damit sind wir am Ende unserer Untersuchungen über die Auslegungsregel der Subsidiarität angelangt. Abschließend stellen wir fest: Der Gesetzgeber bewertet die mehreren Handlungen des gleichen Täters, die einzelnen Stadien seines Angriffs auf dasselbe Rechtsgut, verschieden; trifft den Täter wegen Verwirklichung des

90) Hervorgehoben v. Verf.!

91) Aus dieser Entscheidung geht deutlich die Ähnlichkeit der Gefährdungs-Verletzungsdelikte mit den Vorbereitungs-Vollendungshandlungen hervor; das Gefährdungsdelikt ist oft die Vorstufe zu der später erfolgenden Verletzung desselben Rechtsgutes.

schwersten Angriffsstadiums Strafe, so liegt dem Gesetzgeber nichts mehr an der Bestrafung des früheren, minder schweren Angriffsstdiums, der Vortat. Vom Standpunkt des Täters aus betrachtet stehen Vortat und Haupttat im Verhältnis vom Mittel zum Zweck. In allen Subsidiaritätsfällen ist Identität des Täters und des Rechtsguts Voraussetzung[92]), und stets liegen mehrere Handlungen des Täters vor. Aus dem letzteren Umstand folgt, daß die Subsidiarität keine Erscheinungsform der sich auf Handlungseinheit gründenden Gesetzeskonkurrenz ist[93]), daß sie vielmehr als Auslegungsregel lediglich bei dem Problem der straflosen Vor- und Nachtat dienen kann. Weiter folgt aus der Tatsache, daß das frühere Angriffsstadium stets das weniger gefährliche ist, mit logischer Notwendigkeit, daß stets die Vortat straflos bleibt. Von einer straflosen Nachtat im Verhältnis zu einer strafbaren Haupttat kann unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität nie die Rede sein.

Endlich ist noch ein weiteres festzuhalten: Im Schrifttum sowohl wie in den Entscheidungen des Reichsgerichts ist, wie wir sahen, oft von „Aufzehrung", „Konsumtion" der Vortat durch die nachfolgende Haupttat die Rede, ohne daß wir darin einen Widerspruch oder eine Unrichtigkeit zu finden vermochten. Bei der nunmehr zu behandelnden Auslegungsregel der Konsumtion werden wir hierauf zurückkommen.

§ 6.

Der Begriff der Konsumtion ist von den wissenschaftlichen Auslegungsregeln, die zur Erklärung der Straflosigkeit einer Vortat bezw. einer Nachtat dienen, der ungeklärteste. Unbestritten ist lediglich der Satz: lex consumens derogat legi consumtae. Dieser Satz sagt aber nichts über die Voraussetzungen seiner Anwendung, sondern stellt lediglich die Tatsache fest, daß mitunter ein Gesetz das andere aufzehrt.

A. v. Hippel[94]) lehnt den Begriff der Konsumtion und seine Verdeutschung als „Aufzehrung" überhaupt ab, da er ein unklarer Sammelname für Fälle sei, in denen aus irgendwelchen anderen Gründen Gesetzeskonkurrenz anzunehmen sei; „Konsumtion" ist nach Ansicht v. Hippels ein leeres Schlagwort.

Nach Sauer[95]) „bedeutet die Konsumtion: ein Gesetz ist deswegen nicht anzuwenden, weil ein anderes gerade in diesem besonderen Falle den Sachverhalt, also den konkreten Tatbestand erschöpfend (nicht: erschöpfender; auch nicht: spezieller) würdigt." Gerland[96])

92) Anmerkungsweise ein Hinweis auf RG. 11, 166: Selbstredend keine Subsidiarität des § 123 gegenüber § 370 Ziff. 5 StGB., wenn jemand in eine fremde Wohnung eindringt, um dort einen Mundraub zu begehen!

93) s. oben S. 3.

94) v. Hippel II S. 525/6.

95) S. 480.

96) S. 215.

meint, bei der Konsumtion umfasse „der Tatbestand des einen Gesetzes den des anderen derart, daß der letztere dem ersteren gegenüber nicht mehr in Betracht kommen kann". Nach Köhler [97]) ist Konsumtion eine Untergruppe stillschweigender Subsidiarität; sie liegt vor, „wo ein Tatbestand als den andern einschließend (mitwürdigend) gedacht ist". Binding [98]), und ihm folgend Olshausen [99]), nehmen Konsumtion an, „wenn ein Strafgesetz Tatbestand und Strafdrohung eines anderen teilweise in sich aufnimmt und dieses insoweit außer Anwendung stellt". v. Liszt-Schmidt [100]) endlich definiert: „Das den Fall erschöpfend berücksichtigende Gesetz läßt dasjenige, das ihm nicht in gleicher Weise erschöpfend gerecht wird, in sich aufgehen (Aufzehrung)".

Wie es Honigs Verdienst ist, zu den Problemen der straflosen Vor- und Nachtat überhaupt als erster eingehend Stellung genommen zu haben, so ist auch nicht zu leugnen, daß mit seiner Begriffsbestimmung der Konsumtion auf diesem so überaus schwierigen Gebiet ein großer Schritt vorwärts getan war. Honig sieht den den Rechtssätzen gemeinsamen Beziehungspunkt bei der Konsumtion genau wie bei der Subsidiarität nicht in der Teilidentität der Tatbestände (Spezialität!), „sondern in der Teilidentität des metatatbestandlichen Rechtsgüterschutzes" [101]). Gerade darum sei „im Gegensatz zur Spezialität die Konsumtion wie die Subsidiarität nicht an die Einheit der Handlung gebunden". Sie setze zwar eine Handlungsmehrheit nicht notwendig voraus wie die Subsidiarität, bei der es sich ja stets um verschiedene Angriffsstadien handele; vielmehr könnten „die unter verschiedenen Gesichtspunkten aufgestellten Verbote der Verletzung desselben Rechtsguts ebensogut durch eine wie durch mehrere Handlungen übertreten werden". Wenn nun der Rechtsgüterschutz „den in Betracht kommenden Typen gemeinsam, ... aber der durch den einen Tatbestand angestrebte Schutz vollständiger als der durch den anderen" ist, „so geschieht mit der Anwendung des ersteren dem Strafbedürfnis Genüge, es wird die weniger vollständige Strafbestimmung durch die umfassendere konsumiert" [102]). Die Regel: lex consumens derogat legi consumtae könne nach dem eben Gesagten sowohl beim Vorliegen nur einer Handlung (Gesetzeskonkurrenz) wie auch beim Vorliegen mehrerer Handlungen (straflose Vor- und Nachtat) Anwendung finden. Honigs Definition lautet dann wörtlich [103]): „Konsumtion liegt vor, wenn — bei Identität des geschützten Rechtsgutes — der durch einen Rechtssatz angestrebte Rechtsgüterschutz

97) Strafrecht S. 553; ähnlich Grenzlinien S. 88 („wenn der Tatbestand eines Verbrechens den Tatbestand eines anderen Verbrechens zum Bestandteil hat").
98) Handbuch I S. 363 f.
99) § 73 S. 411.
100) S. 357. — Vgl. weiter noch M. E. Mayer S. 504 und Leipz. Komm. S. 33 (34).
101) S. 73.
102) S. 79. Ebenso Lent S. 37.
103) S. 113.

vollständiger ist als der durch einen anderen. Alsdann geschieht mit der Anwendung des ersteren Rechtssatzes dem Strafbedürfnis Genüge." Eine Ausnahme macht Honig selbst[104]), ohne diese freilich in seine Konsumtions-Definition aufzunehmen: Wenn die Rechtsgüter zweier Tatbestände nicht identisch sind, wohl aber das eine Rechtsgut gegenüber dem anderen als das umfassende anzusehen ist, so ist gleichwohl Konsumtion anzunehmen. „Der Bruch des Landfriedens (§ 125) umfaßt die Störung der öffentlichen Ordnung durch groben Unfug (§ 360 Nr. 11), so daß die gleichzeitige Anwendung der §§ 125 und 360 Nr. 11 ausgeschlossen ist. Die Verletzung des Lebens umfaßt zugleich die der Gesundheit."[105])

Wie bei der Begriffsbestimmung der Subsidiarität hat sich Frank auch bei der Definition der Konsumtion eng an Honig angeschlossen[106]) und damit dessen klare und überzeugende Untersuchungsergebnisse unterstrichen.

Bevor wir nun, die Literaturübersicht zur Frage der Konsumtion abschließend, auf die für unsere Untersuchung höchst bedeutungsvolle Ansicht Mezgers eingehen, erscheint es zweckmäßig, unsere bisherigen Ergebnisse ganz kurz zusammenfassen. Wir sahen, daß die Auslegungsregel der Spezialität für das Problem der straflosen Vor- und Nachtat gar keine Rolle spielt, weil deren Voraussetzung stets Handlungseinheit ist, die Fälle der straflosen Vor- und Nachtat aber stets mehrere Handlungen zur Grundlage haben. Den Begriff der Alternativität konnten wir als überflüssig ablehnen. Aus dem Gesichtspunkt der Subsidiarität waren nur Fälle strafloser Vortat zu erklären, da stets die Vortat das geringere und darum straflos bleibende Angriffsstadium darstellt.

B. Ganz eigene Wege geht bei der Behandlung der Gesetzeskonkurrenz und der straflosen Vor- und Nachtat Mezger[107]). Nach einem Hinweis auf die Bemühungen der Literatur, „in dieser schwierigen und komplizierten Frage die verschiedenen möglichen Fälle erschöpfend unter bestimmte Kategorien zu bringen", stellt er fest, daß es „in Wahrheit ... nur zwei leitende Gesichtspunkte" sind, „die dem einen Strafgesetz dem andern gegenüber die Kraft der exclusiven Geltung verleihen"[108]). Der Vorrang des einen Strafgesetzes vor dem andern könne entweder auf logischem Grunde beruhen: dann liege ein Fall von Spezialität vor; oder er könne sich aus dem Wertverhältnis beider Gesetze ergeben: dann handle es sich um einen Konsumtionsfall. Der logische Sinn eines speziellen Gesetzes (z. B. des § 363 gegenüber § 267 StGB.) ist es, sagt Mezger, daß es an Stelle der allgemeinen Regel besonders gilt. „Die Spezialität des einen Gesetzes ergibt sich überall allein

104) S. 67.
105) Honig a.a.O.
106) Frank § 73 VII 2 c (S. 232): „Die hier gegebene Begriffsbestimmung ist stark beeinflußt durch Honig . . .".
107) S. 470 ff.
108) S. 471.

schon aus einem Vergleich der abstrakten Deliktstatbestände"; nirgends kommt es auf die konkrete Fallgestaltung an[109]). Diese ist dagegen von entscheidender Bedeutung in den Fällen der Konsumtion. Hier führt nach Mezger eine vergleichsweise wertende Betrachtung dazu, daß „das eine Gesetz, weil es sinngemäß den deliktischen Unwert des anderen schon in sich schließt, das letztere neben sich nicht besonders zum Zuge kommen läßt". Den rechtfertigenden Grund für diesen Ausschluß gibt nicht etwa das logische Verhältnis beider Gesetze zueinander, sondern „die im Wege der wertabwägenden Auslegung zu gewinnende Sinnermittlung"[110]). Allen Konsumtionsfällen ist das Erfordernis der Wertabwägung gemeinsam, die alle Umstände des Falles genau berücksichtigen muß. Wörtlich fährt Mezger[111]) dann fort: „Die große Mühe, die sich die Literatur um die genauere Gruppierung der einzelnen Konsumtionsfälle gegeben hat, lohnt sich zwar insofern, als damit gewisse typische Fälle der Konsumtion schärfer und anschaulicher herausgestellt sind[112]); in dieser „Einteilung" aber mehr als eine beispielsweise Aufzählung sehen zu wollen, würde unrichtig sein."

Dem ist m. E. in vollem Umfang zuzustimmen[113]). Die mannigfaltigen Fälle der Subsidiarität, die wir kennen gelernt haben, — die Fälle der Konsumtion im Sinne der Honig'schen Begriffsbestimmung (wir wollen hier von „Konsumtion im engeren Sinne" sprechen) und schließlich auch die — von einigen Schriftstellern konstruierten, hier aber als überflüssig abgelehnten — Fälle von Alternativität, — sie sind „alle samt und sonders nur Unterfälle des Konsumtionsgedankens."[114])

So erklärt es sich auch, daß das Reichsgericht in etlichen Entscheidungen, die sich mit Subsidiaritätsfällen befassen, häufig von „Aufzehrung" (Konsumtion") der Vortat durch die Haupttat, von ihrer „hilfsweisen Geltung" einerseits, aber auch von ihrem „Aufgehen" in der Haupttat spricht (z. B. RG. 68, 147/8; s. oben S. 23/24!)[115]). Der ganze Streit, ob Subsidiarität oder Konsumtion anzunehmen ist, ist „letzten Endes müßig"[116]).

---

109) vgl. oben S. 7.
110) S. 472.
111) S. 473.
112) Das erkennt Mezger also ausdrücklich an. Man braucht darum keineswegs — wie beispielsweise Mettler S. 17 — resigniert zu erklären, wenn Mezger Recht hätte, „dann würde man wohl besser von der Bildung des Subsidiaritätsbegriffes absehen". Durchaus nicht; denn es ist sehr zweckmäßig, für gewisse typische Fälle der Konsumtion — z. B. für die Fälle straffloser Vortat — einen Begriff, eben „Subsidiarität", zu besitzen!
113) Neuerdings hat sich v. Liszt-Schmidt S. 357/8 Mezgers Ansicht angeschlossen.
114) Mezger S. 473.
115) vgl. weiter die oben eingehend besprochenen Entscheidungen des Reichsgerichts: 48, 161; 55, 129 und 58, 298 (Aufzehrung" der Vorbereitungshandlung durch die Ausführung des Verbrechens).
116) so, zutreffend, im Anschluß an Mezger v. Liszt-Schmidt S. 358 Anm. 5.

Man kann also unbedenklich die oben besprochenen Subsidiaritätsfälle auch als Fälle von Konsumtion bezeichnen; denn der Vorrang der Haupttat (z. B. § 146) [117]) vor der Vortat (§ 151, Vorbereitungshandlung) ergibt sich aus dem Wertverhältnis beider Gesetze; § 146 schließt den deliktischen Unwert des § 151 schon in sich. Ferner: „Der Versuch verschwindet in der Vollendung", — „die Teilnahmeformen gehen in der Täterschaft auf", — die Verletzung eines Rechtsguts schließt den deliktischen Unwert der bloßen Gefährdung dieses Rechtsgutes in sich [118]). Von Subsidiarität aber dürfen wir in allen diesen Fällen mit gleichem Recht sprechen, weil die Gefährdung, die Vorbereitungshandlung, der Versuch usw. die weniger gefährlichen und darum straflos bleibenden Angriffsstadien darstellen, mithin straflose Vortaten sind.

C. Waren diese Subsidiaritätsfälle stets Fälle strafloser Vortat, so sind die nunmehr an Hand der Reichsgerichtsentscheidungen zu besprechenden Konsumtionsfälle (Konsumtion im engeren Sinne) ausschließlich Fälle strafloser Nachtat [119]). Auf die Konsumtion im Gebiete der Gesetzeskonkurrenz, also auf der tatsächlichen Grundlage einer und derselben Handlung, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Es sei lediglich auf einige anerkannte Fälle hingewiesen: der Zweikampf konsumiert die Körperverletzung, die Brandstiftung die Sachbeschädigung, der Raub die Nötigung; denn der im Zweikampf-, Brandstiftungs- und Raubverbot angestrebte Rechtsgüterschutz umfaßt den mit dem Körperverletzungs-, Sachbeschädigungs- und Nötigungsverbot erstrebten Rechtsgüterschutz [120]).

Schwieriger und zugleich bedeutsamer ist dagegen die Konsumtionsfrage bei der straflosen Vor- und Nachtat. Denn im Hinblick auf zwei selbständige Handlungen ist schon die tatsächliche Feststellung nicht leicht, „ob überhaupt die eine der Handlungen im ‚Unrechts- und Schuldwert' der anderen restlos aufgeht" [121]).

Wir haben zu Beginn unserer Untersuchung festgestellt, daß der Begriff der straflosen Vor- und Nachtat dem Gebiet der Begünstigung und Hehlerei entlehnt ist. Auf der Suche nach einer zweckmäßigen Einteilung der Fälle strafloser Nachtat führt Honig [122]) diese Parallele weiter: den in § 259 StGB. aufgeführten Tätigkeitsakten (dem Verheimlichen, Ankaufen usw.) ist, wie das Reichsgericht in seiner Entscheidung Bd. 1, 281 treffend feststellt, „die eigennützige

117) vgl. die oben besprochene Reichsgerichtsentscheidung 48, 161!
118) so: Mezger S. 474/5.
119) Honig S. 81 kennt im Gebiet der Konsumtion einen einzigen Fall strafloser Vortat, der nach der hier (s. oben S. 20/21) und die dort zit. Entsch. des Reichsgerichts, insbesondere RG. 56, 59!) vertretenen Auffassung zur Subsidiarität zu zählen ist: wenn nämlich auf eine leichtere Teilnahmetätigkeit eine schwerere folgt.
120) vgl. Honig S. 66.
121) ders. S. 80.
122) S. 81.

Willensrichtung" des Täters „auf Sicherung oder Verwertung der von einem anderen mittels eines Delikts bewußt erlangten Sachen gemeinsam". Auf Sicherung oder Verwertung ist aber auch die straflose Nachtat stets gerichtet. Erinnert sei nur an unsere früher gebrachten Beispiele: der Dieb behält oder zerstört (verbraucht) die gestohlene Sache, — er verwertet sie also. Von Sicherung durch eine Nachtat kann man z. B. sprechen, wenn der Dieb einer Urkunde, um sich vor Entdeckung zu schützen, diese Urkunde vernichtet. Stets verwirklicht der Täter z w e i gesetzliche Straftatbestände; und doch wird er nur auf Grund des ersten bestraft, weil dessen Unrechts- und Schuldwert den des später verwirklichten Tatbestandes mit umfaßt.

D. Verwertung und Sicherung sind die beiden Erscheinungsformen nachtäterischen Handelns, und unter diesen Gesichtspunkten wollen wir nunmehr die Entscheidungen des Reichsgerichts betrachten. Dabei werden wir die einzelnen Erfordernisse kennen lernen, die nötig sind, damit die Nachtat straflos bleiben kann; zugleich werden aber auch die Schranken sichtbar werden, deren Überschreitung die selbständige Strafbarkeit der Nachtat (Realkonkurrenz zwischen Haupttat und Nachtat!) zur Folge hat.

1. Eine erste Einschränkung findet sich in RMG. 22, 253: Der Täter hatte Sachen gestohlen und diese an Dritte verkauft unter der Vorspiegelung, sie seien sein Eigentum. „Wenn auch in der Rechtsprechung der Grundsatz anerkannt ist, daß in der weiteren Verfügung über eine gestohlene Sache, die nur deren Verwertung erstrebt, eine besondere selbständige Straftat nicht erblickt werden kann, so gilt dies doch nicht für diejenigen Fälle, wo der Täter über den durch den Diebstahl dem B e s t o h l e n e n zugefügten Schaden hinaus durch die Verfügung über den Gegenstand eine n e u e Schädigung einer a n d e r e n Person verursacht." Erfolgt also die Nachtat gegenüber einem Dritten, so ist sie selbständig strafbar; denn bei einem Eingriff in Rechtsgüter dritter Personen deckt sich der Unrechtswert der Nachtat nicht mit dem der Vortat. Dagegen ist gemäß RG. Goltd.Arch. 54, 480 „an dem vom Reichsgericht wiederholt ausgesprochenen Grundsatze festzuhalten", „daß in der weiteren Disposition über eine gestohlene oder unterschlagene Sache, die nur die V e r w e r t u n g des gestohlenen oder unterschlagenen Gutes erstrebt, eine weitere Straftat nicht erblickt werden kann (RG. 38, 193; 39, 242 . . .), so daß z. B. ein mittels des gestohlenen Sparkassenbuches z u m N a c h t e i l e d e s B e s t o h l e n e n verübter Betrug ebenso wie eine an dem Buche vorgenommene Urkundenvernichtung . . . nicht als weitere Straftat in Frage kommt."[123])

Das Abheben der Sparkassenbucheinlage wird in RG. LZ. 1918, S. 327 ausdrücklich als „straflose Nachtat" bezeichnet: „. . . die plan-

123) vgl. hierzu außer den genannten Entscheidungen auch Rspr. 10, 488/490 und RG. 35, 64, die freilich S i c h e r u n g s handlungen betreffen.

mäßige Verwertung des gestohlenen Gutes, das Abheben der Einlage", ist „nicht mehr als ein neues, selbständiges Vergehen zu verfolgen, sondern als sog. straflose Nachtat zu betrachten ...".

Mit der Frage des Abhebens von Spareinlagen durch den Dieb des Sparkassenbuches hatte sich das Reichsgericht verhältnismäßig oft zu beschäftigen, so in RG. 26, 151 (154) und RG. 39, 239 (243). Namentlich die letzte Entscheidung bedarf der Erwähnung. „Die Wegnahme der Sparkassenbücher durch die Angeklagte erfolgte ... in der von vornherein gefaßten Absicht, über ihren wirtschaftlichen Wert und damit über die Bücher selbst ganz oder teilweise zu ihren Gunsten zu verfügen. Der hiernach geplante und ausgeführte Diebstahl war mithin ... mit der Wegnahme der Bücher aus dem Gewahrsam des T. vollendet, die von der Angeklagten erstrebte Beschädigung des Vermögens desselben war eingetreten, die Sparkassenbücher mit den ihnen eigentümlichen Werten waren seinem Vermögen bereits entzogen. Wenn die Angeklagte diese Werte in Verwirklichung jener ihrer Zueignungsabsicht zu ihrem Vorteile ausnutzte, indem sie das Geld ganz oder zum Teil durch ihre Söhne abheben ließ..., so kann darin kein neuer, sonder nur ein fortgesetzter, aber bereits durch die Bestrafung wegen Diebstahls zur Sühne gebrachter Eingriff in fremdes Eigentum erblickt werden. Die Absicht des Strafgesetzes geht jedenfalls nicht dahin, einen solchen Akt der Verwertung des gestohlenen Gutes als neues selbständiges Vergehen unter Strafe zu stellen."

Nach Ansicht des Reichsgerichts ist also dem Bestohlenen durch das Abheben der Spareinlagen kein weiterer Vermögensschaden entstanden. Diese Auffassung ist bekämpft worden[124]) mit dem Hinweis darauf, daß nach dem Diebstahl des Sparkassenbuchs die Spareinlagen lediglich gefährdet seien; geschädigt werde das Vermögen des Bestohlenen meist erst durch die Abhebung der Geldbeträge. Dem kann nicht beigetreten werden. Das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung 26, 153 zutreffend ausgeführt, daß „Verkehrsanschauung und Verkehrsbedürfnis die Sparkassenbücher tatsächlich den Inhaberpapieren außerordentlich genähert" haben; „obwohl sie sich äußerlich und formell als bloße Beweisurkunden über einen gewissen verzinslich eingezahlten Geldbetrag geben, hat die Befreiung der Sparkassen von jeder Prüfungspflicht hinsichtlich der Legitimation des Inhabers bewirkt, daß sie tatsächlich wie Inhaberpapiere von Hand zu Hand wandern, im täglichen Handel und Wandel verkauft, versetzt, verschenkt, vererbt oder sonst übertragen werden."

Dem Bestohlenen erwächst also durch die Abhebung der Spargelder nach der zutreffenden Ansicht des Reichsgerichts kein neuer Vermögensschaden, — der in der Abhebung liegende Betrug ist straflose Nachtat.

Das Reichsgericht bestraft dagegen stets gemäß § 74 StGB., wenn der Täter durch eine zweite Straftat den durch die Haupttat angerich-

124) v. Mettler S. 49.

teten Schaden noch vergrößert, wenn also der durch die zweite Straftat entstandene Schaden nicht mit dem durch die Haupttat angerichteten zusammenfällt. RG. 49, 405 ff. (407): Der Angeklagte hatte Schalterbeamten Postanweisungen, die ihm gerade ausgezahlt worden waren, weggenommen und diese bei einer anderen Postanstalt erneut erhoben. „Durch die Entziehung der quittierten Postanweisung hatte die Postverwaltung zunächst nur ein Beweismittel für die von ihr der Anweisung gemäß an den Empfänger bewirkte Zahlungsleistung verloren. Dieser Verlust war aber für sie keineswegs gleichbedeutend mit dem Verluste der den Gegenstand der Anweisung bildenden Geldsumme, da sie den Beweis der Erfüllung ... auch auf andere Weise hätte erbringen können. Der Verlust des baren Geldes trat für sie erst ein, als die von dem Angeklagten gegen ihre Beamten (der anderen Postanstalt) unter Überreichung jener Postanweisungen ins Werk gesetzten falschen Vorspiegelungen zur nochmaligen Auszahlung der Anweisungsbeträge führten. Somit läßt sich nicht sagen, ... daß der nachfolgende Betrug das Vermögen des Bestohlenen nicht in weiterem Umfange beschädigt habe, als es schon ohnedies durch den vorangegangenen Diebstahl geschehen war." Ganz ähnliche Ausführungen finden sich in den Entscheidungen RG. 43, 60 (65/66) und 64, 281 (283), ferner in RG. 54, 81 und RG. 60, 372/3.

Es sind — so führt das Reichsgericht in der letztgenannten Entscheidung zusammenfassend aus — durch die Bestrafung wegen eines Eigentumsvergehens (also nicht etwa nur Diebstahl und Unterschlagung) auch die weiteren Handlungen des Täters abgegolten, die dieser mit oder an der gestohlenen oder unterschlagenen Sache vornimmt, es sei denn, daß er damit in andere strafrechtlich geschützte Rechtsgüter der nämlichen oder einer anderen Person eingreift. Beschränkt sich der Täter auf die Verwertung oder weitere Ausbeutung des durch das Eigentumsvergehen bereits Erlangten, so liegt nur eine straflose Nachtat vor. Wohl aber wird die Nachtat zu einer strafbaren, wenn sich der Täter nicht in den Grenzen dessen hält, was dem rechtmäßigen Eigentümer kraft seines Herrschaftsrechts über die Sache erlaubt sein würde. Würde also jemand z. B. einen Revolver stehlen und dann jemand damit töten, so kann selbstverständlich von einer straflosen Nachtat nicht die Rede sein.

Bedenklich, wenn nicht sogar in dieser Allgemeinheit unrichtig, ist aber wohl die Behauptung, daß den Dieb die Diebstahlsstrafe anticipando treffe für alle Handlungen, die er in Ausübung seiner Quasieigentümerposition vornehmen könnte (so Frank § 74 V 3a S. 242 und § 242 X S. 522). Das heißt nämlich nichts anderes, als was auch in RG. 60, 372 behauptet wird: daß der Täter nicht noch weiter bestraft werden kann, sofern er sich nur in den Grenzen dessen hält, was dem rechtmäßigen Eigentümer zu tun gestattet wäre. Dem ist nicht immer so. Der Eigentümer darf seine Sachen beispielsweise an Dritte verkaufen. Der Dieb aber, der die gestohlenen Sachen Dritten verkauft, wird — wie wir bei der Besprechung von RMG. 22, 253 sahen — nach dem Grundsatz der Realkonkurrenz bestraft; die

Annahme einer straflosen Nachtat kommt deswegen nicht in Frage, weil der Unrechtswert der Haupttat nicht den der Nachtat mit umfaßt: Gemäß § 935 BGB. erwirbt der Käufer kein Eigentum an der gestohlenen Sache. Der Dieb kann also auch nicht gemäß § 434 BGB. dem Käufer einen von entgegenstehenden Rechten Dritter freien Gegenwert für den Kaufpreis bieten. Der Käufer ist vielmehr auf Kosten des Eigentümers gemäß § 812 BGB. bereichert und diesem zur Herausgabe der Sache verpflichtet (§ 818 Abs. 2 BGB.), — ist also durch den Dieb um den Kaufpreis an seinem Vermögen geschädigt worden [125]). Der Dieb hat mithin zwei verschiedene Personen, den Eigentümer durch die Haupttat und den Käufer durch die Verwertungshandlung geschädigt und muß darum außer wegen Diebstahls auch wegen Betruges bestraft werden.

Ähnlich liegt der Fall RG. 50, 254: Der Angeklagte hatte nicht fertiggedruckte Gutscheine, die für eine Butterhandlung bestimmt waren, gestohlen und diese Scheine später der Butterhandlung vorgelegt. Da er sowohl die Druckerei als auch die Butterhandlung geschädigt hatte, mußte er wegen Diebstahls und Betrugs bestraft werden.

Anders lagen die Dinge in RG. 62, 61 ff.: „Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils hat die von dem Angeklagten hierzu angestiftete Frau G. in sechs Fällen Fahrräder durch betrügerische Vorspiegelungen von Fahrradhändlern unter Eigentumsvorbehalt übergeben erhalten und die Räder dem Angeklagten, wie von vornherein geplant war, zu dessen Verfügung ausgehändigt. Indem der Angeklagte dann die einzelnen Fahrräder für sich veräußerte, hat er, obwohl nicht Eigentümer, wie ein Eigentümer über sie verfügt und damit weiter in das Eigentumsrecht der Fahrradhändler eingegriffen. Die Strafkammer hat wie das Schöffengericht, übereinstimmend mit dem Eröffnungsbeschluß, in dieser Veräußerung der Fahrräder durch den Angeklagten in jedem Fall ein Vergehen der Unterschlagung gefunden und für jedes dieser Vergehen wie für jedes Vergehen der Anstiftung zum Betrug eine Gefängnisstrafe von einem Monat ausgesprochen. Das ist rechtsirrig. Die unter solchen Verhältnissen vorgenommene Veräußerung bildet keine neue selbständige strafbare Handlung, sondern ist eine sogenannte straflose Nachtat (RGSt. 39. 244; 48, 290; 57, 43). Die Verurteilung wegen der sechs Vergehen der Unterschlagung muß daher wegfallen."

Ebenso: „Die Verurteilung wegen Untreue ergreift und erledigt ... die Strafbarkeit der Zueignung überhaupt, so daß weitere Einzelhandlungen, die denselben Aneignungswillen betätigen, nicht gleichzeitig noch als Grundlage für eine fernere auf rechtswidrige Zueignung gestützte strafbare Handlung in Betracht kommen können" (so RG. 42, 422) [126]).

125) Vgl. RG. 51, 8; ferner die ähnliche Entscheidung RG. „Recht" 1919 Nr. 1018 und RG. 55, 104/105.

126) Vgl. hierzu die ähnlichen Entscheidungen RG. 15, 426; 35, 64; 38, 266; 39, 239; Rspr. 10, 488; Goltd. Arch. 50, 121 und RG. DJZ. 1920 Sp. 154.

Und auch die Verwertung von Sachen, die durch Unterschlagung erlangt sind, ist nicht nochmals als Betrug gegenüber dem früheren Eigentümer strafbar: „Das sogenannte Verwertungsdelikt muß gegenüber dem Aneignungsdelikt, sofern für beide Straftaten dieselbe Person als verletzt in Betracht kommt, straflos bleiben." So RG. 49, 18 [127]).

Aber „... wenn auch die Tat, durch die eine rechtswidrig erlangte Sache verwertet wird, als Nachtat straflos bleibt, so ist sie doch als eine Fortsetzung der strafbaren Betätigung des Aneignungswillens für das Strafrecht erheblich, so daß die Teilnahme eines anderen an ihr rechtlich als Beihilfe zu beurteilen ist." Diese wichtige Erkenntnis spricht RG. 57, 43 aus.

Eine andere bedeutsame Entscheidung: RG. 48, 290. Die Strafkammer hatte eine Untreuehandlung darin gefunden, daß der Angeklagte die ihm von den Zeugen R. und W. zum Diskont übergebenen Wechselakzepte dem Auftrag zuwider und um sie für sich zu verwenden, zur Begleichung eigener Schulden an dritte Personen weiterbegeben hat. Diese Wechsel hatte er sich von den beiden Zeugen vorher durch Betrug verschafft. „Sie bildeten den Vermögensvorteil, auf den es von seiner Seite abgesehen war, als er R. und W. durch Täuschung über seine Absichten zu bestimmen wußte, ihm die Wechselakzepte zum Diskont zu überlassen. Denn was der Angeklagte sich durch seine falschen Vorspiegelungen zu verschaffen beabsichtigte, war keineswegs nur der bloße Besitz der Wechsel. Sein Vorsatz war vielmehr, wie das Urteil ergibt, von Anfang an darauf gerichtet, sich mit dem Besitze zugleich die volle Verfügungsgewalt über die Wechsel zu sichern, um sie nach Belieben zu seinem Nutzen verwerten zu können. Hat er von dieser Verfügungsgewalt demnächst Gebrauch gemacht und den erlangten Vermögensvorteil dadurch weiter ausgebeutet, daß er die Wechsel nunmehr in seinem Interesse veräußerte, so liegt darin nur eine weitere Betätigung derjenigen rechtswidrigen Absicht, die ihn von vornherein bei Begehung des Betrugs beherrschte, und kein neuer Eingriff in das fremde Vermögen, das durch den Betrug bereits geschädigt worden war. Eben darum kann, wie das Reichsgericht in ähnlichen Fällen mehrfach ausgesprochen hat, hierin keine neue selbständige strafbare Handlung erblickt werden; sie erscheint vielmehr dem festgestellten Betruge gegenüber als straflose Nachtat."

Von größter Wichtigkeit für die Annahme einer straflosen Nachtat ist also, ob der Vorsatz des Täters von vornherein auf die Auswertung des begangenen Unrechts gerichtet war. Mit Recht hat die ganz neue Entscheidung RG. 68, 227 ff. keine straflose Nachtat im folgenden Fall angenommen [128]): Der Angeklagte hatte gegen Ende 1932

127) Siehe auch RMG. 16, 51 und KG. DJZ. 1921, Spalte 565; ferner: v. Hippel II, S. 459 Anm. 5, und Frank S. 241.

128) Vgl. auch RG. 17, 62: Versicherungsbetrug (§ 265) und anschließender Betrug gegen den Versicherer (§ 263) stehen zueinander im Verhältnis der Realkonkurrenz! Beide Tatbestände stellen zwei begrifflich ver-

einem Ausländer Silberfüchse abgekauft und ohne Genehmigung der Devisenstelle diesem Ausländer fast den gesamten Betrag des Kaufpreises im Inland ausgehändigt. Als die Zollfahndungsstelle Ermittlungen vornahm, stellte der Angeklagte den Antrag, die Übermittlung des gesamten Kaufpreises für die Firma des Ausländers ins Ausland zu genehmigen. Nach Ablehnung dieses Antrags suchte der Angeklagte in der Absicht, die unerlaubt vorgenommene Zahlung zu verschleiern, bei der Devisenstelle um eine Genehmigung anderer Art nach und erhielt sie auch aufgrund unrichtiger Angaben. Er war von der Strafkammer wegen der ersten Tat gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 3 in Verbindung mit § 14 der Devisen-VO. vom 23. Mai 1932, wegen der zweiten Tat gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 7 der DevisenVO. verurteilt worden. Das Reichsgericht billigt diese Verurteilung: „Der Angeklagte hat sich zuerst gegen die Vorschrift des § 14 der Verordnung von 1932 vergangen und nachher, als die Tat entdeckt worden war oder wenigstens die Zollfahndungsstelle schon Ermittlungen eingeleitet hatte, eine Genehmigung erschlichen. Diese Erschleichung war nicht die Auswertung des begangenen Unrechts in derselben Richtung..., sondern eine neue und besondere Rechtsgutsverletzung, die auch nicht die regelmäßige oder gar notwendige Form der Fortsetzung der ersten bildete."

Wenn das Reichsgericht dann fortfährt: „Ob eine straflose Nachtat angenommen werden könnte, wenn sich der Angeklagte von vornherein vorgesetzt hätte, die unbefugte Zahlung vorzunehmen und dann zu seiner Sicherung die Genehmigung zu erschleichen, braucht nicht entschieden zu werden, weil dieser einheitliche Vorsatz, wie bereits erwähnt, nicht vorhanden war", so können wir hier schon feststellen, daß die Annahme einer straflosen Nachtat bei Vorliegen dieser Voraussetzung unseres Erachtens keinem Bedenken unterliegen würde[129]).

Wir schließen die Besprechung der Verwertungsnachtaten ab mit einem besonders bemerkenswerten Urteil, RG. 61, 37 ff. Ein Beamter war wegen fortgesetzter schwerer Amtsunterschlagung in Tateinheit mit Betrug (§§ 350, 351, 263, 73 StGB.) aufgrund folgenden Tatbestands verurteilt worden: Ihm wurden monatlich Gelder überwiesen, die er Sozialrentnern auszuzahlen hatte. Einem Teil der Rentner hatte er nicht die vollen für sie ausgeworfenen Beträge gezahlt, die Empfänger aber trotzdem mittels Täuschung über die vollen Summen quittieren lassen. Die inhaltlich unrichtigen Quittungen hatte er dann seiner Behörde als Belege eingereicht und die zurückbehaltenen Teilbeträge der Rentengelder für sich verwendet. Die Revision erhob den Einwand, der Angeklagte habe sich die Rentengelder bereits durch

---

schiedene, zeitlich getrennte Handlungen dar. § 265 fordert objektiv eine Brandstiftung und subjektiv eine dem Betruge analoge Absicht. Erst nach Vollendung des Verbrechens gegen § 265 beginnt die selbständige betrügerische Tätigkeit des Brandstifters gegen die Versicherer.

129) Vgl. weiter unten die Besprechung der Reichsgerichtsentscheidungen, die Sicherungs-Nachtaten betreffen.

den Betrug gegenüber den Rentenempfängern angeeignet gehabt; er habe an ihnen also nicht nochmals eine Unterschlagung bezw. in diesem Falle eine Amtsunterschlagung begehen können. Das Reichsgericht hat die Revision als unbegründet zurückgewiesen: „Gewiß kann, wie das Reichsgericht ... mehrfach ausgesprochen hat, keine Unterschlagung mehr begangen werden an einer Sache, deren Besitz oder Gewahrsam der Täter durch eine Straftat erlangt hatte, wenn er durch diese Tat zugleich die Absicht der rechtswidrigen Zueignung betätigt hatte; wohl aber liegt Unterschlagung vor, wenn er durch eine ohne Zueignungsabsicht verübte Straftat Besitz oder Gewahrsam erlangt hatte und sich die Sache später rechtswidrig zueignet. Keiner dieser beiden Fälle trifft hier zu. Denn den Gewahrsam an den auszuzahlenden und dann nicht ausgezahlten Geldern hatte der Angeklagte ohne jede Straftat, nämlich als amtlichen, erlangt, also insbesondere nicht erst durch den gegen die Rentenempfänger begangenen Betrug. Dieser Betrug — obgleich als solcher ein vollendetes Vergehen — enthielt auch noch keine Zueignung des zurückbehaltenen verwahrten Geldes, die er vielmehr nur ermöglichen und gefahrlos machen sollte; er verwandelte den amtlichen Gewahrsam noch nicht in einen solchen mit eigenem Besitzwillen. Denn der Angeklagte wußte, wie das Urteil sagt, von vornherein noch nicht sicher, in welchem Umfang ihm die Täuschungen der Rentner und seiner Behörde gelingen würden; er bewirkte daher die Aneignung der zurückbehaltenen Beträge durch ihre Entnahme aus dem amtlichen Kassenbehälter für eigne Zwecke erst, nachdem die Täuschung der Rentner in Höhe eines bestimmten Gesamtbetrages gelungen war und er sich hierdurch die ihn entlastenden Quittungen verschafft hatte. Hiernach kann die Herausnahme des bei der Auszahlung zurückbehaltenen Gesamtbetrages aus dem amtlichen Behälter erst nach Beendigung des Auszahlungsgeschäfts und nach erlangter Übersicht über die Höhe und Anzahl der den Empfängern vorenthaltenen einzelnen Teilbeträge geschehen sein. Erst durch diese Herausnahme aber hat sich nach dem Sinn der getroffenen Feststellung der Zueignungswille des Angeklagten an jenen Geldern in die Tat umgesetzt, indem er durch Betätigung der eigenen Verfügungsgewalt über die ganze Restsumme äußerlich erkennbar gemacht wurde. Vorher hatte dieser Wille zwar auch schon den Angeklagten beherrscht; er hatte die Triebfeder des Betruges an den Rentnern gebildet, wobei als erstrebter Vermögensvorteil gerade die spätere Aneignung der den Rentnern vorenthaltenen Beträge dem Angeklagten vorschwebte; verwirklicht aber war er mit dem gelungenen Betruge noch nicht, sondern bloß seiner Verwirklichung nahegebracht. Dazu bedurfte es vielmehr noch einer weiteren Handlung, nämlich des Sichvergreifens an dem in dem amtlichen Behälter zurückgeblienen Gelde, das, solange er es nicht zu eigener Verfügung herausnahm, Gegenstand amtlicher Verwahrung blieb und diese Eigenschaft auch durch die pflichtwidrige Unterlassung der Auszahlung an diejenigen, für die es bestimmt war, noch nicht verloren hatte. Das änderte sich erst durch die nach Vollendung

des Betrugs einsetzende, unter Verschleierung seiner Begehung mittels falscher Belege und Zahlungslisten sich vollziehende Amtsunterschlagung."

Die Frage, die das Reichsgericht im Anschluß hieran stellt, aber offenläßt[130]), ob im vorliegenden Fall nicht Tatmehrheit zwischen Betrug und Amtsunterschlagung hätte angenommen werden müssen, ist nach dem festgestellten Sachverhalt ohne weiteres zu bejahen. Die Amtsunterschlagung steht in Realkonkurrenz zu dem Betrug des Angeklagten. Als straflose Nachtat ist sie übrigens auch deswegen nicht anzusehen, weil sie sich gegen ein anderes Rechtsgut richtet als die erste Tat, nämlich gegen die Pflicht zur dienstlichen Treue. Diesen Gesichtspunkt hätte das Reichsgericht sicher hervorgehoben, wenn es Anlaß gehabt hätte, zu entscheiden, ob die Amtsunterschlagung als selbständig strafbare Handlung neben dem Betrug oder als straflose Nachtat zum Betrug als Haupttat aufzufassen sei.

2. Wir wenden uns nunmehr den wenigen Reichsgerichtsentscheidungen zu, die Fälle betreffen, in denen der Täter im Anschluß an die Haupttat Sicherungshandlungen beging, d. h. solche Handlungen, die ihm den Erfolg der Haupttat erhalten oder diese Haupttat verdecken sollten

Zunächst ein Fall, wo das Reichsgericht mit Recht Strafbarkeit der Sicherungshandlung angenommen hat: RG. 9, 240. Der Angeklagte, ein Postbeamter, hatte einen Betrag von RM. 5,—, der ihm außerhalb seines Dienstes von einem Kellner zur Einzahlung bei der Postkasse anvertraut worden war, unterschlagen. Darauf hatte er als zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugter Beamter einen Posteinlieferungsschein über angeblich bei der Post eingezahlte RM. 4,60 ausgestellt und dem Kellner übergeben. Das Reichsgericht stellte zutreffend fest, daß der Angeklagte beabsichtigt habe, sich durch die Falschbeurkundung die durch die Unterschlagung erlangten Vorteile zu sichern. Es prüft dann freilich nicht besonders, ob die Falschbeurkundung etwa als straflose Sicherungsnachtat anzusehen ist, sondern bejaht nur kurzer Hand die Anwendbarkeit des § 348 StGB., bestraft den Angeklagten also wegen zweier selbständiger Handlungen. Dem ist zuzustimmen, denn mit der Falschbeurkundung verletzte der Täter ein anderes, neues Rechtsgut. Der Unrechts- und Schuldwert der Haupttat umfaßt nicht den der Nachtat, die also keineswegs straflos bleiben durfte[131]).

Dagegen wird die Sicherungsnachtat durch die Haupttat konsumiert in RG. 35, 64. In diesem Urteil stellt das Reichsgericht fest, daß sich der Dieb einer Urkunde durch deren Vernichtung keiner zweiten

130) weil „durch die gegenteilige Annahme des Landgerichts der Angeklagte nicht benachteiligt ist." Die Entscheidung stammt aus dem Jahre 1926. Heute, wo eine reformatio in peius zulässig ist, hätte diese Frage nicht auf sich beruhen dürfen! —

131) Andere Entscheidungen, in denen es sich um Verletzung verschiedener Rechtsgüter durch denselben Täter handelt, finden sich in RG 2, 53; 10, 76; 13, 246.

Straftat schuldig macht. Der Angeklagte hatte seinem Prinzipal drei Sparkassenbücher gestohlen und die Sparbeträge bis auf einen Rest abgehoben. Er scheute sich, die zur Abhebung dieses Restbetrages erforderliche Quittung auszustellen, und verbrannte darum die Sparbücher. Das Reichsgericht hob das vorinstanzliche Urteil auf, das den Täter wegen Diebstahls und Urkundenvernichtung in Realkonkurrenz bestrafte. Durch die Bestrafung wegen Diebstahls sei die Annahme eines reell konkurrierenden Vergehens gegen § 274 Nr. 1 StGB. ausgeschlossen. „Wenn § 242 StGB's denjenigen wegen Diebstahls bestraft, der eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, so ist damit ausgesprochen, daß der Diebstahl nicht durch die Aneignung, sondern durch die Wegnahme in der Absicht der Aneignung vollendet wird, woraus folgt, daß die bei der Tat beabsichtigte Aneignung das gesamte, auch nachfolgende Verhalten umfaßt, durch welches der Täter zum Ausdruck bringt, daß er über die Sache als wenn sie ihm gehöre, mit Ausschluß des Eigentümers die Herrschaft ausüben will. Daß der Zweck, zu welchem, und die Handlungen, durch welche der Täter von dieser Herrschaft Gebrauch macht, schon bei der Wegnahme in der Vorstellung desselben konkretisiert sind, ist so wenig erforderlich, daß auch da, wo diese Konkretisierung sich erst nach Begehung des Diebstahles und unter dem Einflusse neuer Beweggründe vollzieht, nur eine Fortsetzung der bei der Tat beabsichtigten Zueignung anzunehmen ist. Danach kann in späteren Dispositionen, welche der Dieb auf Grund der Anmaßung des Eigentumes über die Sache vornimmt, gleichviel ob dieselben in rechtsgeschäftlichen Verfügungen oder in einer Beschädigung oder Zerstörung der Sache bestehen, eine zweite selbständige, gegen das Recht des Bestohlenen gerichtete und wegen dieser Rechtsverletzung strafbare Handlung nicht gefunden werden. Dies ist vom Reichsgerichte in einem Falle, wo der Täter einer Unterschlagung die unterschlagene Sache später zerstört und deshalb aus § 303 StGB's zur Untersuchung gezogen war, ausgesprochen, Rechtspr. des RG's in Strafs. Bd. 10 S. 488, und trifft im gleichen Maße da zu, wo gegen den Dieb einer Urkunde wegen Vernichtung eben dieser ihm nicht gehörigen Urkunde die Statthaftigkeit einer Bestrafung aus § 274 Nr. 1 StGB's in Frage steht.“ [132])

Ähnlich liegt der Fall RG. Goltd.Arch. 50, 121 [133]). Der Angeklagte hatte für eine Schuld seiner Ehefrau einem Gläubiger einen Schuldschein ausgestellt. Um sich von der dadurch begründeten Zahlungspflicht zu befreien, veranlaßte er den Gläubiger durch Vorspie-

132) Gegen diese Entscheidung Diller S. 377: es sei geradezu absurd, daß man dem Täter als Ausgleich für die wegen der begangenen Rechtsverletzung zugesprochene Strafe so etwas wie ein Anrecht auf das durch die Straftat Erlangte einräume und ihm so im Austausch gegen die Strafsanktion den aus dem Verbrechen erzielten Vorteil förmlich verbürge.

133) und der in der Entscheidung RG. 35, 64 bereits erwähnte Fall Rspr. 10, 488: Der Angeklagte unterschlug einen seinem Eigentümer weggelaufenen Hund, den er später tötete, um nicht in den Verdacht der Unterschlagung zu kommen und um sich der Bestrafung zu entziehen. Das Reichsgericht wendet

gelung falscher Tatsachen, ihm den Schein für kurze Zeit auszuhändigen. Dabei hatte der Angeklagte jedoch die „Absicht, sich durch sein betrügerisches Handeln den Schuldschein ... endgültig zu verschaffen, denselben für immer seiner ausschließlichen tatsächlichen Gewaltherrschaft zu unterwerfen und demgemäß dem Gläubiger dauernd zu entziehen. Als er den Schuldschein in Händen hatte, hat er diesen, und zwar ... auf Grund eines erst in diesem Zeitpunkte, also nach Erlangung der Urkunde, neu gefaßten Entschlusses zerrissen und die Stücke an sich genommen."

Das Reichsgericht lehnt die Verurteilung wegen Urkundenvernichtung in Realkonkurrenz mit Betrug ab und sagt, der Angeklagte habe durch den Betrug die unbeschränkte Herrschaft über die Schuldurkunde erlangt. „Alles, was der Betrüger später mit der durch seine strafbare Handlung erworbenen Urkunde vornimmt, kennzeichnet sich nur als weiterer Ausfluß, als eine weitere Ausgestaltung und Fortführung seines rechtswidrigen Angriffs auf fremdes Vermögen. Weil dieser Angriff dem äußeren Erfolg nach zu einer Aufhebung des fremden Rechts bereits geführt hat, darf er in Beziehung auf den dadurch Verletzten einer neuen strafrechtlichen Beurteilung nicht mehr unterzogen werden. Es gelten in dieser Beziehung die gleichen Grundsätze wie im Fall des Diebstahls."

Das Reichsgericht führt dann zutreffend unter Bezugnahme auf die schon erwähnten Urteile Rspr. 10, 488 und RG. 35, 64 aus, daß der Umstand, daß der Dieb die fremde Sache durch Wegnahme, der Betrüger dagegen die Sache insofern erlangt hat, als er sich den Willen des Berechtigten dienstbar machte, keine abweichende rechtliche Beurteilung begründen könne[134]).

Zwei weitere typische straflose Sicherungsnachtaten behandeln RG. 51, 179 und RG. 63, 186, die das Reichsgericht nur irrtümlich als Verwertungsnachtaten bezeichnet. Dieser Irrtum in der Bezeichnung ändert jedoch an der Richtigkeit des Ergebnisses nichts.

Im ersten Urteil heißt es: „Wenn die Beschwerdeführerin den Pelzschmuck ‚an sich gebracht' hatte, so war eine spätere ‚Verheimlichung' nichts weiter als eine Ausübung der durch das Ansichbringen

---

sich mit Recht gegen eine Verurteilung des Täters wegen Unterschlagung in Realkonkurrenz mit Sachbeschädigung. Die Sachbeschädigung ist eine straflose Sicherungsnachtat. — A. A. Diller, S. 378/9, der diese Rechtsprechung aus der oben (S. 38 Anm. 132) genannten Erwägung bekämpft und dafür eintritt, daß der Rahmen der straflosen Nachtat in Zukunft erheblich enger gezogen wird.

134) Hilschenz (S. 27, 30) lehnt die genannte Entscheidung ab, da die Rechtsgüter bei Haupt- und Nachtat verschieden seien. Dem kann nicht zugestimmt werden. Rechtsgut des § 274 Nr. 1 ist nicht, wie Hilschenz behauptet, das Interesse des Staates an der Erhaltung von Beweismitteln (wäre das richtig, so wäre die Entscheidung in der Tat bedenklich); § 274 Nr. 1 will vielmehr die Urkunde ihrem Inhaber erhalten, will das Interesse des Besitzers der Urkunde schützen. Der Unrechtswert des Diebstahls, der Unterschlagung und des Betrugs umfaßt vollständig den der Urkundenvernichtung.

erlangten Verfügungsgewalt, eine bloße Verwertung des bereits hehlerisch Erworbenen und demgemäß eine straflose Nachtat." ...

In der zweiten Entscheidung wollte der Angeklagte nach Begehung eines Betrugs das Rechnungsamt an der Nachprüfung hindern. Er beging zu diesem Zweck einen neuen Betrug, der in Idealkonkurrenz mit schwerer Urkundenfälschung stand. Das Reichsgericht sieht mit Recht in dem zweiten Betrug nur eine straflose Nachtat; „denn insoweit würde es sich darum handeln, daß sich H. den durch Betrug zum Nachteil des Fiskus erlangten Vermögenswert zu erhalten suchte; es läge darin nur eine straflose Nachtat (RG. 39, 243; 48, 290; 62, 61) [135]). Nur soweit zu diesem Zweck das Verbrechen der erschwerten Urkundenfälschung begangen wurde, würde dieses für sich selbständig bestehen, weil die Tat insoweit gegen ein Rechtsgut anderer Art gerichtet ist." [136])

Und eine letzte Entscheidung: In RG. 59, 175 stellt das Reichsgericht fest, daß die Tatbestandshandlungen der Unterschlagung (rechtswidrige Zueignung) und des § 348 Abs. 2 StGB. (Beiseiteschaffen) sich nicht unbedingt decken. Die rechtswidrige Zueignung enthalte nicht notwendig auch ein Beiseiteschaffen, so daß zwischen den §§ 350 und 348 Abs. 2 StGB. Idealkonkurrenz möglich sei. Wenn jedoch die Handlung des Beiseiteschaffens der Unterschlagungshandlung zeitlich nachfolgte, so würde lediglich „eine sogenannte straflose Nachtat vorliegen, die für die strafrechtliche Würdigung nicht weiter in Betracht käme."

E. Das Ergebnis unserer Untersuchungen über die Auslegungsregel der Konsumtion ist folgendes:

Wenn eine vergleichsweise wertende Betrachtung dazu führt, daß das eine Gesetz, weil es sinngemäß den deliktischen Unwert des anderen Gesetzes schon in sich schließt, das letztere neben sich nicht besonders zum Zuge kommen läßt, so spricht man von Konsumtion. Den rechtfertigenden Grund für den Ausschluß des einen Gesetzes gibt nicht etwa das logische Verhältnis beider Gesetze zueinander, sondern „die im Wege der wertabwägenden Auslegung zu gewinnende Sinnermittlung" [137]). Das Erfordernis der Wertabwägung, die alle Umstände des Falles berücksichtigen muß, ist allen Konsumtionsfällen gemeinsam.

Unterfälle des Konsumtionsgedankens sind demnach nicht nur die typischen Fälle der Konsumtion im engeren Sinne [138], sondern auch die mannigfaltigen Fälle der Subsidiarität; denn der Vorrang

---

135) Diese — oben besprochenen — Entscheidungen betreffen sämtlich Verwertungsnachtaten, während es sich hier unzweifelhaft um eine Sicherungsnachtat handelt („sich zu erhalten suchte"!). Das Reichsgericht macht also keinen Unterschied zwischen Verwertungs- und Sicherungsnachtaten.

136) Siehe hierzu Dalcke 1935, § 267 Anm. 66 S. 1115: „Straflose Nachtat kann eine Urkundenfälschung niemals sein."

137) Mezger S. 472.

138) Konsumtion im Sinne der Honig'schen Begriffsbestimmung, siehe oben S. 26/27.

der Haupttat vor der Vortat ergibt sich aus dem Wertverhältnis beider Gesetze. Das Reichsgericht spricht darum auch in Entscheidungen, die Subsidiaritätsfälle zum Gegenstand haben, oft von „Aufzehrung" oder „Konsumtion" der Vortat durch die Haupttat, vom „Aufgehen" der Vortat in der Haupttat.

Im Gebiet der straflosen Nachtat unterscheidet das Reichsgericht nicht zwischen Verwertungs- und Sicherungsnachtaten. Im einzelnen stellt es für die Straflosigkeit der Nachtat folgende Erfordernisse auf:

1. Haupttat und Nachtat müssen von demselben Täter begangen sein.

2. Die Nachtat muß sich regelmäßig gegen dasselbe Rechtsgut richten wie die Haupttat. Bei Verschiedenheit der Rechtsgüter aber muß das durch die Haupttat angegriffene Rechtsgut das durch die Nachtat angegriffene Rechtsgut umfassen.

3. Die Nachtat muß sich gegen dieselbe Person richten, die schon durch die Haupttat verletzt war.

4. Durch die Nachtat darf der Schaden, den der Täter durch die Haupttat angerichtet hat, nicht noch vergrößert werden, insbesondere darf durch die Nachtat kein völlig neuer Schaden verursacht werden.

5. Endlich muß der Schuldwert der Haupttat den der Nachtat umfassen.

Nur unter diesen Voraussetzungen bleibt die Nachtat straflos.

§ 7.

Es war Aufgabe dieser Arbeit, unter besonderer Würdigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts die Probleme der straflosen Vor- und Nachtat möglichst klar und durchsichtig zu machen, dem „Chaos der Terminologie" in der Konkurrenzlehre wenige Grundsätze entgegenzusetzen, nach denen die straflose Vor- und Nachtat zu behandeln ist[139]). Diese Aufgabe dürfte gelöst sein; denn das Endergebnis unserer Untersuchungen ist dies:

Sämtliche Fälle strafloser Vor- und Nachtat sind zu erklären aus dem Gesichtspunkt der Konsumtion.

Das Alternativitätsverhältnis als besondere Auslegungsregel für die beiden Formen der Scheinkonkurrenz[140]), die Gesetzeskonkurrenz und die straflose Vor- und Nachtat, konnten wir als überflüssig verwerfen.

Wir haben ferner festgestellt, daß die Auslegungsregel der Spezialität für das Gebiet der straflosen Vor- und Nachtat überhaupt nicht in Betracht kommt, weil Voraussetzung der Spezialität die Ein-

139) siehe oben S. 1.
140) vergleiche die Tabellen oben S. 6.

beit der Handlung des Täters ist, die Fälle strafloser Vor- und Nachtat jedoch stets mehrere Handlungen zur Grundlage haben.

Aus dem Gesichtspunkt der Subsidiarität sind nur Fälle strafloser Vortat zu erklären. Alle Subsidiaritätsfälle sind aber nur Unterfälle des Konsumtionsgedankens; sie unterstehen als in sich geschlossene Fallgruppe — die Vortat bleibt straflos — dem Oberbegriff „Konsumtion".

Allein aus dem Gesichtspunkt der Konsumtion ist die Erscheinung zu erklären, daß eine an sich strafbare Handlung, eben die Vortat bezw. die Nachtat, die einen Tatbestand des Strafgesetzbuchs erfüllt, straflos bleibt.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts steht mit diesem Ergebnis in Einklang.

Die straflose Vor- und Nachtat wird, wie einleitend schon festgestellt wurde, gesetzlich nicht geregelt werden. Die Ergebnisse, zu denen die Rechtsprechung auf diesem Gebiet gekommen ist, sind so befriedigend, daß für eine positive Regelung der straflosen Vor- und Nachtat auch kein Bedürfnis besteht. —

LEBENSLAUF.

Am 18. Januar 1910 wurde ich in Schleswig als Sohn des damaligen Oberlehrers, jetzigen Oberstudiendirektors Dr. Friedrich Praetorius und seiner Ehefrau Marie geb. Gottschalk geboren. Von Ostern 1916 bis Ostern 1919 besuchte ich die 1. Knaben-Mittelschule in Lübeck. Anschließend kam ich auf das Dom-Gymnasium in Kolberg, wo ich 1928 die Reifeprüfung bestand.

Darauf wandte ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften zu und besuchte die Universitäten Tübingen, Berlin und Kiel. In Kiel bestand ich am 12. Februar 1934 das erste juristische Staatsexamen und wurde im Anschluß daran zum Gerichtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Stettin ernannt. Seither befinde ich mich im Vorbereitungsdienst.

Am 5. Mai 1937 bestand ich an der Universität Bonn die mündliche Doktorprüfung. Das Thema der Arbeit stellte mir Prof. Dr. von Hentig; nach seinem Ausscheiden aus der Bonner Fakultät übernahm Prof. Dr. Graf zu Dohna das Referat. Beiden Herren Professoren darf ich auch an dieser Stelle meinen aufrichtigen Dank aussprechen.